

Die Mangelhaftigkeit
der Rechtsgeschäfte nach deutschem
und französischem Recht

von

WALTER KARL SCHÄTZ

1960

Die Mangelhaftigkeit der Rechtsgeschäfte
nach deutschem und französischem Recht

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwigs-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von
Walter Karl Schätz

1960



Referent: Professor Dr. Murad Perid

Correferent: Professor Dr. Eugen Ulmer

Tag der mündlichen Prüfung: 16. Februar 1961

Inhaltsverzeichnis

<u>Vorwort</u>	S. 7
Teil I: TATBESTANDSMÄNGEL UND WIRKUNGSMÄNGEL DER RECHTSGESCHÄFTE	8
1. Die bestehende Unklarheit	8
2. Die Möglichkeit einer Unterscheidung	9
3. Die Einteilung der Begriffe	10
4. Der Zusammenhang der Begriffe	10
5. Die Gliederung der Wirkungsmängel	13
Teil II: DIE TATBESTANDSMÄNGEL DER RECHTSGESCHÄFTE UND IHRE FOLGEN	16
Einleitung: Der Begriff "Rechtsgeschäft" im deutschen und französischen Recht	16
1. Definition	16
2. Bedeutung	18
3. Elemente	21
<u>Abschnitt A:</u>	
Der Tatbestand des Rechtsgeschäfts im allgemeinen und seine Mängel	23
1. Kapitel:	
Die Willenserklärung (la manifestation de volonté)	23
Teil a): Die innere Seite der Willenserklärung	26
1. Der Handlungswille	27
2. Der Erklärungswille	29
3. Der Erfolgs- oder Geschäftswille	31
a) Der geheime Vorbehalt (la réserve mentale)	32
b) Die nicht ernstliche Erklärung	33
c) Das Scheingeschäft (la simulation)	34

4. Der Irrtum (l'erreur)	S. 37
a) Der Erklärungsirrtum	38
b) Der Inhaltsirrtum und l'erreur obstacle	41
c) Der Eigenschaftsirrtum	45
d) Sonstige beachtliche Irrtumsfälle	52
5. Die arglistige Täuschung (le dol)	56
6. Die rechtswidrige Drohung (la violence)	60

Teil b): Die äußere Seite der Willenserklärung	64
1. Die Formfreiheit der Erklärung	64
2. Die Mangelhaftigkeit der Erklärung	70

2. Kapitel:

Der Rechtserfolg (l'objet)	73
1. Rechtserfolg und Gegenstand des Rechtsgeschäfts	73
2. Die Arten des Rechtserfolgs	75
3. Allgemeine Regeln über den Rechtserfolg	76

3. Kapitel:

Die Rechtmäßigkeit (la licéité)	80
1. Die Rechtmäßigkeit als notwendiges Tatbestandselement	80
2. Die Vorschriften über die Rechtmäßigkeit	81
3. Die Fälle der Rechtswidrigkeit	82
a) Verstöße gegen ius strictum	82
b) Verstöße gegen besondere Verbote des bürgerlichen Rechts	83
c) Verstöße gegen öffentlich-rechtliche Verbote	84
d) Umgehungsgeschäfte	85
e) Verstöße gegen die guten Sitten	86
f) Wucherische Rechtsgeschäfte (la lésion)	89
4. Die Anknüpfung der Rechtswidrigkeit	92
a) an den Rechtserfolg (objet illicite)	93
b) an Zweck und Motiv (cause illicite)	94

4. Kapitel:

Rechts- und Geschäftsfähigkeit (la capacité)	S. 97
1. Die capacité oder personnalité	97
2. Die Rechtsfähigkeit und ihr Mangel	98
3. Die Geschäftsfähigkeit und ihr Fehlen	100
a) Kinder	101
b) Geisteskranke	102
c) Entmündigte	103
d) Interdiction légale	104

Abschnitt B:

Der erweiterte Tatbestand besonderer Arten von Rechtsgeschäften und seine Mängel	106
--	-----

1. Kapitel:

Die Verträge	106
1. Das Wesen des Vertrages	107
2. Das Zustandekommen des Vertrages	108
a) Der Antrag (l'offre)	109
b) Die Annahme (l'acceptation)	110
3. Die Mängel des Vertrages	112
a) Zeitliches Scheitern des Konsenses	112
b) Inhaltliches Scheitern des Konsenses	113

2. Kapitel:

Formale Rechtsgeschäfte	115
1. Die Arten der Formen	115
2. Die Bedeutung der Formen	119

3. Kapitel:

Zweiaktige Rechtsgeschäfte	122
1. Realverträge	123
2. Mitwirkung einer Behörde	125

4. Kapitel:

Die Zuwendungsgeschäfte S.126

1. Die Zuwendungsgeschäfte und die Causa (cause) 127
2. Die Mehrdeutigkeit des Begriffs Causa (cause) 129
3. Die Bedeutung der Causa und ihres Fehlens 131
 - a) im deutschen Recht 131
 - b) im französischen Recht 134

5. Kapitel:

Die Verfügungen 139

1. Verfügung und Verfügungsmacht 139
2. Der Mangel der Verfügungsmacht 141
 - a) im deutschen Recht 141
 - b) im französischen Recht 143

6. Kapitel:

Rechtsgeschäfte im eigenen Namen 145

1. Normale Minderjährige (mineurs non émancipés) 145
 - a) Grundsatz: Mitwirkung des ges. Vertreters 146
 - b) 1. Ausnahme: Keine Mitwirkung des ges. Vertreters 149
 - c) 2. Ausnahme: Mitwirkung weiterer Instanzen 151
 - d) 3. Ausnahme: Unmögliche Rechtsgeschäfte 152
2. Minderjährige mit erweiterter Geschäftsfähigkeit 153
 - a) Die mineurs émancipés 153
 - b) im deutschen Recht 155
3. Volljährige mit beschränkter Geschäftsfähigkeit 156

7. Kapitel:

Rechtsgeschäfte im fremden Namen 158

1. Handeln aus eigenem Willensentschluß	S.158
2. Handeln im fremden Namen	159
3. Handeln mit Vertretungsmacht	159
a) Grundlage der Vertretungsmacht	159
b) Fehlen der Vertretungsmacht	161
c) Persönliche Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht	163
4. Zulässigkeit der Vertretung	165

8. Kapitel:

Bedingte Rechtsgeschäfte	167
1. Begriff und Arten der Bedingung	167
2. Wirkung der Bedingung	169
a) Unechte Bedingungen	169
b) Echte Bedingungen	170
c) Rechtsbedingungen	173
3. Zulässigkeit der Bedingung	175

Teil III: DIE WIRKUNGSMÄNGEL DER RECHTSGESCHÄFTE	177
--	-----

1. Kapitel:

Die Nichtigkeit und die nullité absolue	177
1. Wesen und Definition	177
2. Eintritt und Geltendmachung	179
a) im deutschen Recht	179
b) im französischen Recht	180
c) Versuch einer einheitlichen Betrachtungsweise	182
d) in Sonderfällen: Vernichtbarkeit	186
3. Eigenschaften	186
a) Kreis der zur Geltendmachung Berechtigten	187
b) Beachtlichkeit im Prozeß	187
c) Zeitliche Grenzen der Geltendmachung	188
d) Möglichkeit der Heilung	189

4. Folgen	S.190
a) Nebenfolgen (Teilnichtigkeit, Umdeutung, Rückwirkung der "Bestätigung")	191
b) Hauptfolgen	193
α) im deutschen Recht	194
β) im französischen Recht	195
γ) in Sonderfällen: Keine Rück- oder Drittwirkung	202

2. Kapitel:

Die Anfechtbarkeit und die nullité relative	204
1. Wesen und Definition	204
2. Geltendmachung	206
a) im deutschen Recht	206
b) im französischen Recht	208
3. Eigenschaften	211
a) Kreis der zur Geltendmachung Berechtigten	211
b) Beachtlichkeit im Prozeß	212
c) Frist der Geltendmachung	212
d) Möglichkeit der Heilung: die Bestätigung	216
4. Folgen	219

3. Kapitel:

Die Unwirksamkeit im engeren Sinn	221
1. Die relative Unwirksamkeit (l'inopposabilité)	221
a) Wesen	222
b) Geltendmachung	223
c) Eigenschaften	224
d) Folgen	226
2. Die schwebende Unwirksamkeit	228
a) Wesen	228
b) Eintritt	229
c) Eigenschaften	229
d) Folgen	230
3. Die endgültig-absolute Unwirksamkeit	231
a) Begriff	231
b) Wirkung	232

4. Kapitel:

Das Nichtrechtsgeschäft, l'inexistence	S.234
1. Ursprung und Wesen	234
2. Bedeutung	236
3. Kritik a) der inexistence	236
b) des Nichtrechtsgeschäfts	239
Verzeichnis des Schrifttums und seiner Zitierweise	242
Verzeichnis der verwendeten Abkürzungen	247

V O R W O R T

Die vorliegende Arbeit ist ein Versuch, auf dem Gebiet des Rechtsgeschäfts und seiner Mängel eine Synopse des deutschen und französischen Rechts herbeizuführen. Sie soll damit der großen Aufgabe der Rechtsvergleichung dienen, die als solche heute, in einer Zeit des wirtschaftlichen Zusammenwachsens Westeuropas, keiner besonderen Rechtfertigung mehr bedarf.

Da das Thema dieser Arbeit, das man gewissermaßen als die Statik des Rechts der rechtsgeschäftlichen Beziehungen im Gegensatz zur Dynamik der Rechtsverhältnisse bezeichnen könnte, eine umfangreiche natürliche Einheit bildet, mußte die Arbeit, besonders im Teil II, sich auf einen Überblick unter weitgehendem Verzicht auf Einzelheiten beschränken. Maßgebend für die Beschränkung war die Aufgabe, die Mängel der Rechtsgeschäfte darzustellen; Einzelheiten wurden daher nur insoweit berücksichtigt, als sie zur Erklärung der Mangelhaftigkeit der Rechtsgeschäfte erforderlich erschienen. Die Leistung sollte bei dieser Arbeit vornehmlich in der Systematisierung des Stoffgebietes liegen.

Teil I:

Tatbestandsmängel und Wirkungsmängel der

Rechtsgeschäfte

1. Die bestehende Unklarheit.

Die Lehre von den Rechtsgeschäften und besonders von deren Mängeln ist anerkanntermaßen im deutschen wie im französischen Recht noch recht ungeklärt und umstritten.¹⁾

Im deutschen Recht brachte das BGB zwar einen Fortschritt gegenüber dem gemeinen Recht, indem es die Terminologie weitgehend festlegte²⁾, es konnte aber nicht verhindern, daß die Lehre weiter neue Begriffe bildete oder alte in verschiedener Bedeutung weiter gebrauchte. Es finden sich daher neben den terminis technicis anfechtbar, nichtig und unwirksam die Ausdrücke fehlerhaft, mangelhaft, nicht zustande gekommen, Nichtrechtsgeschäft, relativ unwirksam, schwebend unwirksam, schwebend wirksam, ungültig, unvollendet, vernichtbar, um nur die häufigsten zu nennen. Im französischen Recht leidet schon der

¹⁾ vgl. Staudinger, Einl. zu § 104, Anm.25; Lehmann § 27 I; Manigk, "Unwirksamkeit" I; Strohal a.a.O. S.1/2; Jacobi, AcP 86, 51 f, für das deutsche Recht; Planiol-Ripert VI 281; Morandière II 746/7; de Page I 96; Planiol I 328; Laborde-Lacoste I 236; Heinsheimer-Wolff, Vorbem.zu Art.1304, für das französische Recht.

²⁾ Strohal a.a.O. S.2;

Code civil (c civ) an einer Unsicherheit und Uneinheitlichkeit der Terminologie¹⁾, die von der Lehre bis heute noch nicht völlig überwunden ist und die erst im Reformentwurf einigermaßen geklärt wird.²⁾ Es werden häufig folgende Ausdrücke verwendet: annulable, caduc, imparfait, inefficace, inexistant, inopposable, inutile, non obligatoire, non valable, nul, nul de droit, nul de plein droit, nullité absolue, nullité radicale, nullité relative, pas avenue, rescission, sans effet. Definition, Abgrenzung und Zuordnung dieser Begriffe sind nahezu bei jedem Autor verschieden.

2. Möglichkeit einer Unterscheidung.

Bei dem Versuch einer Ordnung dieser Vielzahl von Begriffen soll davon ausgegangen werden, daß zwei Aspekte des mangelhaften Rechtsgeschäfts auseinanderzuhalten sind: Die Mangelhaftigkeit des Tatbestands des Rechtsgeschäfts und die Mangelhaftigkeit der Wirkung des Rechtsgeschäfts. Erstere besteht darin, daß eines oder mehrere der Elemente, die den Tatbestand eines Rechtsgeschäfts im allgemeinen oder eines besonderen Rechtsgeschäfts bilden, mit einem Fehler behaftet ist oder ganz fehlt. Letztere besteht darin, daß eine Wirkung oder die Wirkungen, die das Rechtsgeschäft haben soll, in irgendeiner Hinsicht unbeständig ist oder ganz ausbleibt.

1) Morandière II 747; de Page I 96;

2) vgl. Travaux 1947/8 S.344 ff; Zajtay AcP 157, 488.

3. Einteilung der Begriffe.

Ohne weiteres ist ersichtlich, daß von den oben aufgezählten Begriffen das unvollendete und das nicht zustande gekommene Rechtsgeschäft, l'acte imparfait ou pas avenu Tatbestandsmängel anzeigen, während die Begriffe Unwirksamkeit mit ihren Abwandlungen und inefficacité, inopposabilité, inutilité sowie die Ausdrücke acte non obligatoire ou sans effet auf Wirkungsmängel hindeuten. Bei den übrigen Begriffen ist ihre Zugehörigkeit zu dem einen oder anderen Aspekt der Mangelhaftigkeit nicht so klar. Die Worte mangelhaft¹⁾ und fehlerhaft²⁾ wird man als synonyme Oberbegriffe für Tatbestands- und Wirkungsmängel ansehen müssen, die keine technische Bedeutung haben. Die praktisch wichtigsten Begriffe, nämlich die Nichtigkeit (mit Vernichtbarkeit) und Anfechtbarkeit einerseits, die nullité mit ihren Abwandlungen und die rescision andererseits, haben eine komplexe Bedeutung. In erster Linie deuten sie auf bestimmte Wirkungsmängel, daneben lassen sie aber auch an bestimmte Tatbestandsmängel wie den Irrtum oder den Formmangel denken; sie gehören also beiden Aspekten an und lassen damit einen gewissen Zusammenhang beider Sphären der Mangelhaftigkeit erkennen. Ähnliches scheint für die Begriffe des Nichtrechtsgeschäfts und der inexistence zu gelten.³⁾

4. Zusammenhang der Tatbestands- und Wirkungsmängel

- a) Tatbestandsmängel und Wirkungsmängel stehen zueinander im Verhältnis von Ursache und Wirkung. Dieser Zusammenhang ist aber

1) a.A. Öttinger a.a.O. S.7, der es mit unwirksam i.w.S. gleichsetzt.

2) so auch Staudinger, Anm.25 vor § 104.

3) vgl. aber unten Teil III.

kein logischer, wie etwa: Das Rechtsgeschäft ist unvollkommen, also tritt auch seine Wirkung nur unvollkommen ein; er ist vielmehr ein rechtlicher und differenzierter.¹⁾ Es gibt verschiedene Tatbestands- und Wirkungsmängel und es ist das Gesetz, das festlegt, ob ein bestimmter Tatbestandsmangel einen Wirkungsmangel zur Folge hat oder nicht, und, wenn ja, welchen.²⁾ Es gibt Rechtsgeschäfte, die trotz eines Tatbestandsmangels wirksam sind, z.B. die mit einem beachtlichen Irrtum behafteten, der aber nicht geltend gemacht wurde; es gibt andererseits Rechtsgeschäfte, die unwirksam sind, obwohl ihr Tatbestand mangelfrei ist, z.B. ein Rechtsgeschäft nach Eintritt einer auflösenden Bedingung.

- b) In der Regel hat ein Tatbestandsmangel auch einen Wirkungsmangel zur Folge. Die einzelnen Tatbestandsmängel und die Frage, welche Wirkungsmängel sie im einzelnen hervorrufen, bilden den Teil II dieser Darstellung. Als grundsätzliches Ergebnis ist *cum grano salis* vorwegzunehmen, daß das französische Recht, und weniger deutlich auch das deutsche, danach unterscheidet, ob ein wesentliches Entstehungselement des Rechtsgeschäfts (*une condition d'existence ou de formation*), ein Gültigkeitserfordernis (*condition de validité*) oder eine Wirksamkeitsvoraussetzung (*condition d'efficacité*) fehlt. Im ersten Fall liegt eigentlich ein Nichtrechtsgeschäft vor, in-

1) ähnlich Manigk, "Unwirksamkeit" I 6.

2) Es ist daher praktisch gleichgültig, ob man den Wirkungsmangel als Folge des Tatbestandsmangels ansieht (organische Auffassung) oder als Folge einer gesetzlichen Bestimmung (formale oder positivistische Auffassung).

existence im französischen Recht,¹⁾ im zweiten Fall liegt ein nichtiges oder anfechtbares Rechtsgeschäft vor, nullité im französischen Recht²⁾, im dritten Fall ist das Rechtsgeschäft unwirksam, verschiedene Fälle der inefficacité im französischen Recht.³⁾ Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit tritt auch dann ein, wenn ein Entstehungselement zwar gegeben ist, aber mangelhaft ist; die Mangelfreiheit der Entstehungsvoraussetzungen ist daher ebenfalls Gültigkeitserfordernis.⁴⁾ Während beim Fehlen eines Entstehungselements oder einer Wirksamkeitsvoraussetzung der Wirkungsmangel gewissermaßen ein natürliches Ergebnis des Tatbestandsmangels ist, sind die Gültigkeitserfordernisse rechtliche Postulate und ihr Fehlen führt zur rechtlichen Mißbilligung des Rechtsgeschäfts.⁵⁾ Dabei wird noch unterschieden, ob das Gültigkeitserfordernis im Interesse der Allgemeinheit (des ordre public) oder nur einer am Rechtsgeschäft beteiligten Person (intérêt privé) vorgeschrieben ist. Im ersteren Fall soll grundsätzlich Nichtigkeit, im letzteren Anfechtbarkeit eintreten, im französischen Recht nullité absolue bzw. relative.⁶⁾ Da sich aber auch die Entste-

-
- 1) Enneccerus-Nipperdey § 202 I 3; Oertmann, Komm., Anm.1 a vor § 139 und a.a.O. S.25; Manigk "Unwirksamkeit", I 14 und "Tatsachen", 8. Aubry-Rau I § 37 N. 3 und IV § 306; Colin-Capitant I 641; Planiol I 345 u. 348; Capitant 276; Laborde-Lacoste I 202; Bonneau III 76 f.
 - 2) von Tuhr II 1 S.276; Planiol I 326; Colin-Capitant II 22; Aubry-Rau IV § 306.
 - 3) Oertmann, Komm. A 6 c vor § 104; Manigk "Unwirksamkeit" I 14; ähnlich Houin in Travaux 46/7 S.50.
 - 4) Aubry-Rau IV § 342, de Page I 35; Laborde-Lacoste I 218.
 - 5) Planiol I 327.
 - 6) Aubry-Rau § 37; Colin-Capitant I 64 u.66; Morandiére I 175 u.II 743; Laborde-Lacoste I 234/5; de Page I 97/98; Zajtay AcP 157, 487; vgl. auch artt. 49 und 50 des Reformentwurfs, Travaux 1947/8 S.345.

hungselemente und viele Wirksamkeitsvoraussetzungen aus dem Gesetz ergeben, läßt sich ihr Fehlen oft nicht leicht vom Fehlen der Gültigkeitserfordernisse trennen und die entsprechende Unterscheidung der Wirkungsmängel ist oft nicht rein durchgeführt.

5. Gliederung der Wirkungsmängel.

a) Oberbegriff sämtlicher Wirkungsmängel ist die Unwirksamkeit im weitesten Sinn. Dies ist ziemlich einhellige Meinung im deutschen Recht¹⁾. Im französischen Recht wird, soweit eine Systematisierung der Wirkungsmängel überhaupt versucht wird, ebenfalls von einer inefficacité ausgegangen.²⁾ Diese Unwirksamkeit bedeutet nicht mehr als daß die vom Rechtsgeschäft angestrebte Wirkung in irgendeiner Hinsicht ausbleibt oder wegfällt. Es gehören deshalb hierher auch die Fälle, in denen die Wirkungslosigkeit auf später eintretenden Umständen wie Rücktritt, Widerruf, résolution, résiliation, révocation, Wandelung u.ä. beruht;³⁾ in diesen Fällen liegt jedoch regelmäßig kein Tatbestandsmangel des Rechtsgeschäfts vor und deshalb scheiden sie aus dieser Darstellung aus.

b) Die wichtigste Gruppe der Unwirksamkeit wegen Tatbestandsmängeln ist die Ungültigkeit. Ungültigkeit ist im deutschen Recht

-
- 1) Motive I 216; Staudinger Anm.48 vor § 104; Lehmann § 27 I; Oertmann, Komm.Anm.6 c vor § 104; Öttinger a.a.O. S.16; Strohal a.a.O. S.2; Jacobi AcP 86, 73; a.A. Manigk "Unwirksamkeit" I 9, wie oben aber in I 14.
- 2) Carbonnier II 131; de Page I 95; Crome a.a.O. S.239; Loussouarn "Legs" 342.
- 3) Oertmann, Komm.Anm.6 c vor § 104; Staudinger, Anm.27 vor § 104; Manigk "Unwirksamkeit" 13; Jacobi AcP 86, 83.

kein terminus technicus, sondern ein Sammelbegriff für Nichtigkeit und Anfechtbarkeit,¹⁾ was berechtigt ist, da Nichtigkeit und Anfechtbarkeit vieles gemeinsam haben und zusammen einen auch im BGB zum Ausdruck kommenden Gegensatz zur Unwirksamkeit i.e.S. bilden.²⁾ Ungültigkeit besagt, daß das Gesetz einem Rechtsgeschäft die Geltung versagt, weil es es mißbilligt, auch wenn das Rechtsgeschäft alle Entstehungselemente in sich vereint. Die Ungültigkeit ist eben, wie oben gesagt, die Sanktion der Gültigkeitserfordernisse. Abzulehnen ist im Interesse begrifflicher Klarheit ihre gelegentlich zu findende Gleichsetzung mit der Unwirksamkeit.³⁾

Der Ungültigkeit entspricht im französischen Recht der Begriff der nullité; gelegentlich findet sich auch der wörtlich übereinstimmende Ausdruck invalidité. Die nullité tritt auf als nullité absolue und nullité relative. Diese beiden Unterbegriffe stehen im französischen Recht heute absolut im Vordergrund und haben die anderen Begriffe durchwegs verdrängt; sie bilden auch den Kern des Reformentwurfs.⁴⁾ Der Ausdruck nul de (plein) droit wird in der Regel als Synonym für nullité absolue, annullable für nullité relative gebraucht⁵⁾, während rescision eine Abart der nullité relative ist. Die inexistence, die von der klassischen französischen Lehre neben die nullité absolue und rela-

1) Motive I 216; Windscheid a.a.O. S.1/2; Ebbecke, Gruch 63, 178.

2) von Tuhr II 1 S.299.

3) z.B. bei Manigk "Unwirksamkeit", I 17; Jacobi AcP 86, 80.

4) vgl. artt. 47 ff du projet des Textes relatifs aux actes juridiques, Travaux 47/8 S.344.

5) Ponsard "nullité" 14 u. 15.

tive gestellt wurde,¹⁾ ist kein Fall der Ungültigkeit, höchstens der Unwirksamkeit.²⁾

- c) Neben die Ungültigkeit tritt als weiterer Unterbegriff der Unwirksamkeit im weiteren Sinn die Unwirksamkeit im engeren Sinn; denn ein Rechtsgeschäft kann unwirksam sein, obwohl es nicht ungültig ist.³⁾ Der französischen Lehre ist der Begriff einer inefficacité i.e.S. fremd. Das französische Recht kennt aber ebenso wie das deutsche Fälle, in denen ein acte sans effet ist ohne nul oder inexistant zu sein, und in denen die Lehre auch nicht von nullité spricht, sondern von inopposabilité, caducité, inutilité oder inefficacité absolue.⁴⁾ Diese einzelnen Unwirksamkeitsarten werden aber nicht als Fälle einer inefficacité i.e.S., sondern nur kasuistisch behandelt; am meisten Interesse findet noch die inopposabilité.

Auch die Unwirksamkeit i.e.S. des deutschen Rechts ist kein einheitlicher Begriff⁵⁾, sondern zerfällt in die drei Arten der relativen Unwirksamkeit, der schwebenden Unwirksamkeit und der endgültig-absoluten Unwirksamkeit. Das Wesen und die Wirkung der einzelnen Wirkungsmängel werden im übrigen im Teil III dargestellt.

-
- 1) Colin-Capitant I 64; Bonnecase III 92; Laborde-Lacoste I 232; Capitant 272.
- 2) vgl. unten Teil III.
- 3) Staudinger Anm.48 vor § 104; Manigk "Unwirksamkeit" I 14; Öttinger a.a.O. S.8.
- 4) z.B. Houin in Travaux 1948/9 S.678; Loussouarn "legs" 394; Planiol-Ripert VI 153.
- 5) von Tuhr II 1 S.273; Enneccerus-Nipperdey § 202 I 2.

Teil II:

Die Tatbestandsmängel der Rechtsgeschäfte

und ihre Folgen

Einleitung:

Der Begriff "Rechtsgeschäft" im deutschen und französischen Recht.

1. Definition.

- a) Unter Rechtsgeschäft versteht man im deutschen Recht heute allgemein einen Tatbestand, der eine oder mehrere auf eine Rechtswirkung gerichtete Willenserklärungen enthält, und dessen Rechtswirkung sich nach dem Inhalt dieser Willenserklärung(en) bestimmt.¹⁾ Die ältere Lehre definierte das Rechtsgeschäft als eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist.²⁾ Diese Identifizierung von Rechtsgeschäft und Willenserklärung, von der aber das BGB noch ausgeht, ist zu Recht aufgegeben worden; denn zwar enthält jedes Rechtsgeschäft eine Willenserklärung, doch bildet nicht jede Willenserklärung ein Rechtsgeschäft, z.B. die Offerre. Rechtsgeschäft ist also gegenüber der Willenserklärung der weitere Begriff; als juristischer Tatbestand enthält es außer der Willenserklärung noch weitere Elemente.

1) Enneccerus-Nipperdey § 145 II; Lehmann § 24 III; Staudinger, Komm. Anm. 2 f vor § 104.

2) Motive I 126; Planck Komm. Anm. I vor § 104; Titze "Rechtsgeschäft", 1.

b) Im französischen Recht finden sich folgende charakteristische Definitionen: "L'acte juridique est une manifestation extérieure de volonté qui est faite en vue d'acquérir, de transmettre, de modifier ou d'éteindre un droit, et qui produit l'effet voulu par son auteur, parce que le Droit sanctionne cette manifestation de volonté."¹⁾ "L'acte juridique est une manifestation de volonté qui est faite avec l'intention d'engendrer, modifier ou éteindre des droits."²⁾ "L'acte juridique est une manifestation d'une ou de plusieurs volontés qui a pour effet de créer, modifier ou éteindre un droit."³⁾ Von diesen Definitionen ist nur die erste vollständig, weil nur sie zum Ausdruck bringt, daß die Rechtswirkung deshalb eintritt, weil sie gewollt ist, während die beiden anderen zwar dasselbe meinen, es aber ungenau ausdrücken und nur zusammengenommen richtig sind.

c) Ein Vergleich von Rechtsgeschäft und acte juridique zeigt, daß sie identische Begriffe sind. Die französische Lehre identifiziert zwar noch den acte mit der manifestation de volonté, wie dies auch die ältere deutsche Lehre tat, doch gilt auch für das französische Recht, daß der acte juridique ein juristischer Tatbestand ist, der nicht nur aus einer Willensäußerung besteht. Weiter spricht zwar die französische Lehre von manifestation, nicht déclaration de volonté, während das deutsche Recht von Willenserklärung, nicht Willensäußerung spricht;

1) Capitant 230.

2) Colin-Capitant I 49, ähnlich Bonnecase II 251; Carbonnier I 88.

3) art.1 du projet de textes rel. aux actes jur., Travaux 1947/8 S. 339.

sachlich liegt darin aber kein Unterschied, denn das BGB unterscheidet nicht, wie die neuere deutsche Lehre seit Manigk, zwischen Willensäußerung mit Kundgabebezug (Willenserklärung) und Willensäußerung ohne Kundgabebezug (Willensbetätigung)¹⁾ und man könnte daher praktisch auch in die deutsche Definition das Wort Willensäußerung einsetzen.²⁾ Schließlich bedeutet es auch keinen sachlichen Unterschied, wenn das deutsche Recht schlicht von Rechtswirkung oder Rechtserfolg spricht, das französische dagegen ausführlich von création, transmission, modification ou extinction d'un droit; denn diese Verschiedenheit der Ausdrucksweise beruht nur auf der geringeren Abstraktion des französischen Rechts und bei der weiten Bedeutung von "droit"³⁾ ist keine Rechtswirkung denkbar, die nicht unter eine der genannten Kategorien fiele.

Entscheidend für die Identität des Rechtsgeschäfts und des acte juridique ist vielmehr, daß im französischen wie im deutschen Recht die Rechtswirkung deshalb eintritt, weil sie in einer Willensäußerung als gewollt zum Ausdruck kommt.

2. Bedeutung.

- a) Im deutschen Recht ist das Rechtsgeschäft einer der Grundbegriffe; ihm ist im Allgemeinen Teil des BGB ein eigener Abschnitt gewidmet. Es ist das Ergebnis einer langen Rechtswicklung und fortgeschrittenen Abstraktion. "Das" Rechtsge-

1) Enneccerus-Nipperdey § 145 A 3; Lehmann § 24 IV.

2) Enneccerus-Nipperdey § 145 A 2; Staudinger, Komm.Anm.8 vor § 104; von Tuhr II 1 S.106.

3) Bonnetcase II 366: umfaßt obligations, droits réels et état de personnes.

schäft kommt in der Praxis nicht vor, sondern nur seine Unterbegriffe, insbesondere der Vertrag; rechtlich gesehen, steht der Vertrag aber im Hintergrund, er ist ein Rechtsgeschäft mit einigen Sonderbestimmungen.

- b) Ganz anders das französische Recht. Im cciv ist der Vertrag (convention) und zwar der schuldrechtliche¹⁾ (contrat) der Zentralbegriff, vgl. 3.Buch, 3.Titel, artt.1101 ff. Das Wort acte kommt zwar ebenfalls im cciv vor, hat dort aber in der Regel die Bedeutung eines acte instrumentaire (instrumentum des römischen Rechts), also einer Beweisurkunde, z.B. art. 196, 778, 931, 1336, nur ausnahmsweise die von acte juridique (negotium des römischen Rechts), z.B. art.481, 816, 1167, 1304.²⁾ Gemeinsame Regeln für alle Rechtsgeschäfte kennt der cciv mit Ausnahme der Beweisvorschrift des art.1341 nicht.³⁾

Der acte juridique ist ein von der neueren französischen Lehre insbes. Saleilles entwickelter Begriff, wobei das BGB stark befruchtend wirkte.⁴⁾ Er ist heute allgemein anerkannt, wenn seine praktische Bedeutung auch noch teilweise angezweifelt wird. In der Reformkommission wurde nach langer Diskussion⁵⁾ beschlossen, eine allgemeine Regelung der Rechtsgeschäfte in den Entwurf eines neuen code civil aufzunehmen,

1) Windscheid a.a.O. S.323 ff.

2) Planiol I 264; Colin-Capitant I 50; de Page I 19; Laborde-Lacoste I 198.

3) vgl. Bonnecase II 348 ff, der nachweist, daß der Begriff des acte juridique dem cciv zugrunde liegt.

4) Bonnecase II 254; Carbonnier II 93.

5) vgl. Travaux 1947/8 S.100 ff, 1946/7 S.229 ff.

wenn auch die Schaffung eines Allgemeinen Teils abgelehnt wurde. Die Rechtsgeschäftsregeln sollen das 4. Buch zwischen dem Sachenrecht und dem Schuldrecht bilden.¹⁾

Die Regeln für die *actes juridiques* werden durch entsprechende Anwendung der Regeln über die *contrats* gewonnen²⁾, also umgekehrt wie im deutschen Recht. Während aber die Regeln über Rechtsgeschäfte immer auf Verträge anwendbar sind, da jeder Vertrag ein Rechtsgeschäft ist, sind umgekehrt nicht alle Regeln über *contrats* auch auf alle *actes juridiques* anwendbar. Dies wird von der französischen Lehre nicht immer beachtet, wie sich auch im Reformentwurf zeigt, z.B. bei der *cause*.³⁾ Es ist vielmehr stets sorgfältig zu prüfen, ob eine *contrat*-Bestimmung Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgeschäftsgrundsatzes oder des speziellen Vertragscharakters ist. Das einseitige Rechtsgeschäft ist von der französischen Lehre lange völlig unbeachtet geblieben, man dachte nur an *engagements unilatéraux*, die das französische Recht grundsätzlich ablehnt.⁴⁾

3. Elemente.

- a) Rechtsgeschäfte sind als juristische Tatbestände komplexe Begriffe. Es müssen verschiedene Elemente, die Entstehungsvoraussetzungen, Gültigkeitserfordernisse und Wirksamkeitsbedingungen vorliegen, damit die gewollte Rechtswirkung eintre-

1) vgl. Travaux 1948/9 S.91; Zajtay AcP 157, 486.

2) Hébraud "acte" 4; de Page I 21.

3) Travaux 1947/8 S.343 (art 38).

4) vgl. Colin-Capitant II 170 ff; richtig Carbonnier II 89 im Anschluß an Martin de la Moutte

ten kann. Dasselbe gilt für die *actes juridiques*.

Welches allerdings im einzelnen die für das Vorliegen eines wirksamen Rechtsgeschäfts erforderlichen Elemente sind, ist im deutschen und französischen Recht sehr umstritten.¹⁾ Einigkeit besteht nur darüber, daß mindestens eine Willenserklärung, une (*manifestation de*) *volonté* gegeben sein muß; diese wird andererseits in gewissen Fällen für auch ausreichend erachtet, so daß also Rechtsgeschäft und Willenserklärung identisch sein können.²⁾ Überwiegend wird auch die Geschäftsfähigkeit, la *capacité*, für unentbehrlich gehalten.³⁾ Über weitere Elemente besteht aber keinerlei Übereinstimmung mehr. Im französischen Recht verlangen viele entsprechend art. 1108 cciv ein *objet*⁴⁾ und eine *cause*, wobei letztere von den Antikausalisten besonders angegriffen wird;⁵⁾ auch die *forme* wird häufig als konstitutives Element eines *acte juridique* angesehen. Im deutschen Recht werden daneben oft ein zulässiger Inhalt, eine Form, der Zugang, bei Verträgen der Konsens, bei Verfügungen eine Verfügungsbefugnis oder eine Genehmigung zum Eintritt der Rechtswirkung für erforderlich gehalten.⁶⁾

- b) Aus logischen Gründen können aber zum Begriff des Rechtsgeschäfts schlechthin nur diejenigen Elemente gehören, ohne die

1) Manigk "Tatsachen" 7 u.8.

2) so z.B. Enneccerus-Nipperdey § 145 I; Titze "Rechtsgeschäft", 2.

3) anders Manigk "Unwirksamkeit" 16; Oertmann a.a.O. S.22, die sie zu den Wirksamkeitsvoraussetzungen zählen.

4) ~~andere~~ Colin-Capitant I 54 bis.

5) z.B. de Page I 21.

6) vgl. z.B. Lehmann § 24 III.

k e i n Rechtsgeschäft wirksam i.w.S. sein kann. Elemente, die nur für bestimmte Arten von Rechtsgeschäften unentbehrlich sind, gehören dagegen nicht zum Begriff des Rechtsgeschäfts als solchen; z.B. ist der Konsens nur für Verträge, eine causa nur für Zuwendungen erforderlich, auch volle Geschäftsfähigkeit ist nicht für alle Rechtsgeschäfte nötig, usw. Geht man nach diesem Kriterium vor, so ergibt sich, daß zum Tatbestand des Rechtsgeschäfts vier Elemente erforderlich aber auch ausreichend sind. Es sind dies zunächst die beiden aus der Definition des Rechtsgeschäfts sich ergebenden: Willenserklärung und ein von dieser erstrebter Rechtserfolg, sie müssen positiv gegeben sein, ohne sie ist ein Rechtsgeschäft nicht denkbar, es wäre inexistent. Hinzukommen müssen noch zwei negative Elemente: die Rechtmäßigkeit, d.h. genauer das Fehlen der Rechtswidrigkeit, und die Geschäftsfähigkeit, d.h. eigentlich das Nichtvorliegen von Geschäftsunfähigkeit; fehlen diese Elemente, so ist das Rechtsgeschäft zwar tatsächlich existent, doch wird es rechtlich nicht anerkannt, es ist ungültig. Es handelt sich also bei den beiden erstgenannten Elementen um die sog. Entstehungsvoraussetzungen (conditions de formation), bei den letzteren um Gültigkeitserfordernisse (conditions de validité) mit ihren bereits erwähnten wesensgemäßen Sanktionen der Inexistenz bzw. Ungültigkeit. Damit ist nicht behauptet, daß es nicht für besondere Arten von Rechtsgeschäften noch eigene Entstehungs- oder Gültigkeitserfordernisse gebe, z.B. den Konsens beim Vertrag, die Form bei formbedürftigen Rechtsgeschäften. Die Wirksamkeitsvoraussetzungen jedoch (conditions d'efficacité) gehören nie zum Begriff des Rechtsgeschäfts als solchen.¹⁾

¹⁾ Oertmann, Komm. Anm. 5 c vor § 104, der aber den Kreis der Wirksamkeitsvoraussetzungen m.E. viel zu weit zieht; ähnlich Manigk "Unwirksamkeit", 16 und "Tatsachen" 8.

Im folgenden wird zunächst der Tatbestand des Rechtsgeschäfts schlechthin mit seinen Mängeln dargestellt, anschließend die weiteren Elemente der besonderen Arten von Rechtsgeschäften.

Abschnitt A:

Der Tatbestand des Rechtsgeschäfts im allgemeinen und seine Mängel.

1. Kapitel: Die Willenserklärung - la manifestation de volonté.

- a) Sinn des Rechtsgeschäfts ist es, daß der Mensch seine Rechtsverhältnisse im Rahmen der Rechtsordnung selbst gestalten kann, sog. Privatautonomie.¹⁾ Die Rechtsordnung erkennt also den rechtsgeschäftlichen Willen des einzelnen als Ursache von Rechtswirkungen an. Dieser Wille ist eigentlich der Kern des Rechtsgeschäfts. "L'élément essentiel de tout acte juridique est la volonté de son auteur."²⁾ Das französische Recht steht einhellig auf diesem Standpunkt, daß es entscheidend auf den Willen ankommt, den der cciv in art. 1108 consentement nennt.³⁾ Im deutschen Recht dagegen ist

1) Enneccerus-Nipperdey § 137 IV 1.

2) Colin-Capitant I 55.

3) Breton "consentement" 1, 6, 20. Bonnecase II 366, 398 ff; Car-bonnier II 99.

es ebenso unstreitig, daß es nicht so sehr auf den Willen als auf die Äußerung dieses Willens, nicht auf den inneren Willen, sondern den erklärten Willen, die Willenserklärung ankommt, da der innere Wille rechtlich nicht faßbar sei.¹⁾ Diese unterschiedliche Grundauffassung beider Rechtsordnungen ist der französischen Lehre durchaus bewußt,²⁾ wenn auch das deutsche Recht nicht, wie die französischen Autoren oft annehmen, auf dem Boden der Erklärungstheorie, sondern ebenfalls auf dem einer allerdings im Verkehrsinteresse gemilderten Willenstheorie steht.³⁾ Im übrigen ist nicht so sehr der verschiedene theoretische Ausgangspunkt beider Rechte wichtig, sondern die praktischen Ergebnisse bei den einzelnen Fragen, und da zeigt sich, daß keine der beiden Theorien rein durchführbar ist.

- b) Auch im französischen Recht ist man sich klar darüber, daß der reine innere Wille kein geeigneter rechtlicher Anknüpfungspunkt ist, wenn es sich um Verträge handelt, weil da jede Partei den Willen der anderen kennen müsse; es kann daher nur eine manifestation de volonté berücksichtigt werden.⁴⁾ Daß der Begriff der manifestation de volonté darüberhinaus für alle Rechtsgeschäfte Bedeutung hat, da alle Rechtsgeschäfte irgendwie andere Personen interessieren, muß einleuchten.⁵⁾ Der Reformentwurf spricht von volonté und manifestation de volonté gleichzeitig und ohne sichtbaren Unterschied.⁶⁾ Bei aller Anerkennung der Notwendigkeit einer manifesta-

1) Lehmann § 24 I.

2) z.B. Planiol-Ripert VI 103; Morandière II 592; Bonnecase II 398 ff.

3) Enneccerus-Nipperdey § 164 I 2; Lange S.227.

4) Planiol-Ripert VI 99; Aubry-Rau IV § 343-2; Morandière II 624 u.592; der cciv verwendet in art 967 den Ausdruck manifeste la volonté.

5) richtig Capitane 236; Planiol-Ripert VI 102.

6) vgl. Travaux 1947/8, S.339 ff.

tion de volonté hält die französische Lehre jedoch grundsätzlich daran fest, daß beim Auseinanderfallen von volonté réelle und volonté déclarée ersterer der Vorrang gebührt, wobei man sich auf art. 1156 cciv beruft.¹⁾ In der Praxis allerdings werden unbillige Lösungen dadurch vermieden, daß nach art. 1341 der Beweis eines dem schriftlich erklärten entgegenstehenden angeblichen wirklichen Willen nicht zugelassen wird, daß Dritte durch weite Auslegung des art. 1321 auf die Erklärung vertrauen dürfen oder nach art. 1382 einen Schadensersatzanspruch erhalten können, der die Berufung auf einen abweichenden wahren Willen unnütz macht.²⁾ Das französische Recht hält sich also in Wahrheit, ohne ein absolutes Prinzip zu haben, bewußt oder unbewußt an die eine oder andere Theorie, um die beste Lösung zu finden;³⁾ es ist also sehr elastisch.

- c) Demgegenüber muß festgestellt werden, daß im deutschen Recht der Schwerpunkt vielleicht doch zu stark auf der Erklärung liegt und der wahre Wille oft zu wenig berücksichtigt wird.⁴⁾ Das deutsche Recht kennt auch sog. unechte oder fingierte Willenserklärungen, bei denen ein Verhalten, insbes. Schweigen, als Willenserklärung gilt, ohne daß ein entsprechender rechtsgeschäftlicher Wille dahintersteht, z.B. §§ 108 II 2, 177 II 2, 415 II, 612 I BGB, Schweigen auf Bestätigungsschreiben u.ä.⁵⁾ Diese Ergebnisse sind durch den Vertrauensschutz gerechtfertigt und eigentlich reine Gesetzeswirkungen, die mit echten Willenserklärungen besser nicht

1) Aubry-Rau IV § 343 Anm. 5 bis; Breton "consentement" 6 u. 20; de Page I 23; Colin-Capitant I 55.

2) Planiol-Ripert VI 103.

3) Morandière II 593.

4) vgl. Brox a.a.O.

5) Enneccerus-Nipperdey § 153 IV B; Lehmann § 30 IV; von Tuhr II 1 S. 422 ff; Staudinger Anm. 3 e/f vor § 116; RGR-Komm. Anm. 7/8 vor § 116.

in Zusammenhang gebracht werden sollten,¹⁾ zumal dem französischen Recht ein solcher Begriff fremd ist und unverständlich wäre²⁾, wenn es auch praktisch ähnliche Fälle kennen mag.³⁾⁴⁾

Entgegen der deutschen Systematik⁵⁾ soll im folgenden von den beiden Bestandteilen der Willenserklärung zuerst der Wille und dann erst die Erklärung behandelt werden, weil der Wille das logisch Primäre und nach französischer Ansicht auch das entscheidende Element ist.

Teil a) Die innere Seite der Willenserklärung.

Der rechtsgeschäftliche Wille, la volonté, ist die eine, innere Seite jeder echten Willenserklärung und damit Entstehungsvoraussetzung und Gültigkeitserfordernis jedes Rechtsgeschäfts.⁶⁾ Nach deutscher Auffassung⁷⁾ setzt sich der rechtsgeschäftliche Wille zusammen aus dem Handlungswillen, dem Erklärungsbewußtsein und dem Erfolgswillen, während dem französischen Recht diese oder eine andere Gliederung der volonté unbekannt ist. Sie soll aber, da sie sich aus der Natur der Sache ergibt, auch auf das französische Recht angewandt werden, wenn sie auch teilweise für das

1) Oertmann, Komm.Anm. 9 d 6 vor § 104; Staudinger a.a.O., RGR Komm. a.a.O.

2) vgl. art. 3 I du projet: "Il n'y a point d'acte juridique sans volonté", in Travaux 1947/8 S.339.

3) vgl. Morandière II 638.

4) vgl. art. 59, 2 du projet "Le défaut d'option dans le délai susvisé v a u t confirmation".

5) Lehmann § 24 IV 1.

6) Aubry-Rau IV § 342; de Page I 35.

7) Lehmann § 24 IV 1 b; Staudinger Komm.Anm.1 vor § 116; Brox a.a.O. S. 49; diese Lehre geht auf Zitelmann "Irrtum und Rechtsgeschäft" zurück.

deutsche Recht kritisiert wird.¹⁾ Vor jeder Willenserklärung steht der Vorgang der Willensbildung, bei dem die Motive die entscheidende Bedeutung haben. Die Motive gehören zwar nach deutscher und französischer Auffassung nicht zum Tatbestand der Willenserklärung und bleiben daher grundsätzlich unberücksichtigt.²⁾ Im weiteren Sinn jedoch haben auch sie einen Platz auf der inneren Seite der Willenserklärung, beeinflussen diese und verlangen praktisch ihre rechtliche Berücksichtigung in mancher Hinsicht. Deshalb müssen auch sie in diesem Rahmen behandelt werden.

1. Der Handlungswille.

Da jede Willenserklärung eine menschliche Handlung ist, muß das äußere Verhalten, das als Erklärung gewertet wird, von einem Handlungswillen getragen sein, d.h. es muß von seinem Urheber bewußt gewollt sein. Fehlt dieser Handlungswille, so liegt keine Handlung, keine Willenserklärung und kein Rechtsgeschäft vor³⁾; man muß theoretisch also inexistence für das französische, ein Nichtrechtsgeschäft für das deutsche Recht annehmen. Fälle fehlenden Handlungswillens sind vis absoluta und Bewußtlosigkeit, Hypnose, sinnlose Betrunktheit, hohes Fieber, epileptische Anfälle u.ä.⁴⁾

Im deutschen Recht bestimmt § 105 Abs.2 BGB ausdrücklich, daß Willenserklärungen, d.h. Rechtsgeschäfte, die im Zustand der

1) Endemann "Irrtum"; Lange a.a.O. S.228.

2) Enneccerus-Nipperdey § 177 I; von Tuhr II 1 S.198 u. 552; Morandière II 658; Zachariae § 323,5; Carbonnier II 102; de Page I 37; Windscheid a.a.O. S.253.

3) von Tuhr II 1 S.103 Anm.2.

4) Enneccerus-Nipperdey § 137 I; von Tuhr II 1 S.550; Carbonnier II 104; Zachariae § 323.

Bewußtlosigkeit oder einer vorübergehenden, den Willen ausschließenden¹⁾ Störung der Geistestätigkeit abgegeben werden, nichtig sind. Dasselbe muß analog für den Fall der vis absoluta gelten, die jedenfalls nicht unter § 123 fällt.²⁾ Das positive deutsche Recht ersetzt also die theoretisch eintretende Inexistenz durch die Nichtigkeit.

Im französischen Recht fehlt eine gesetzliche Regelung. Der cciv verlangt in art. 901 für donation und testament, der Re-formentwurf in art. 4 du projet³⁾ für jede manifestation de volonté, daß sie von einer personne saine d'esprit ausgehen müsse, ohne etwas über die Sanktion zu sagen. Lehre und Rechtsprechung sind uneinheitlich.⁴⁾ Die h.L. nimmt in diesen Fällen der absence de volonté genau wie bei enfance und folie, die aber Dauerzustände sind, inexistence oder nullité absolue an, wobei die ältere Lehre erstere, die neuere letztere bevorzugt.⁵⁾ Auch hier zeigt sich also eine Ersetzung der theoretischen Wirkung durch die praktisch brauchbarere. Noch weiter geht ein Teil der Lehre, der die nullité relative befürwortet, da das Erfordernis des Handlungswillens nur den Handelnden selbst interessiert und daher nur er das Fehlen des Willens sollte geltend machen können.⁶⁾ Diese Meinung hat viel für sich;

1) Enneccerus-Nipperdey § 150 V; Palandt Komm. § 105 Anm. 3; RG 105, 272.

2) Palandt Komm. § 123 Anm. 3 a; Lehmann § 34 I 1 a: keine Willenserklärung.

3) vgl. Travaux 1947/8 S. 339.

4) Breton "consentement" 14 f.

5) Aubry-Rau IV § 343; Crome a.a.O. S. 255; Planiol I 273; Zachariae § 323, 2 u. 3; Carbonnier. II 104.

6) Planiol-Ripert VI 173; Morandière 2, 751; Aubry-Rau IV § 343.

es ist nicht recht einzusehen, warum sich auf die Ungültigkeit eines z.B. durch vis absoluta oder Hypnose erlangten Rechtsgeschäfts auch derjenige soll berufen können, von dem die vis oder Hypnose ausging. Das deutsche Recht ist hier aber festgelegt, während das französische zwar unklar, aber elastisch ist.

2. Der Erklärungswille.

Da jede Willenserklärung eine Handlung mit rechtlicher Bedeutung ist, muß der Erklärende außer dem Handlungswillen auch das Bewußtsein und den Willen haben, daß seiner Erklärung rechtliche Bedeutung beigemessen wird.¹⁾ Die Notwendigkeit dieses Erklärungsbewußtseins, die von den Anhängern der Erklärungstheorie noch bestritten wurde²⁾, ist heute im deutschen Recht für Willenserklärungen i.e.S. anerkannt, wird jedoch für die Willensbetätigungen z.T. bestritten;³⁾ für diese ist dann aber ein Betätigungsbewußtsein erforderlich.⁴⁾ Das französische Recht äußert sich über die Notwendigkeit eines Erklärungsbewußtseins nicht eigens. Entsprechend der geltenden Willenstheorie muß man sie aber wohl bejahen. Vereinzelt findet sich in der Lehre der Satz, daß "il faut qu'il y ait volonté de s'obliger juridique-ment"⁵⁾, also der Wille zu einer rechtlichen Wirkung. Das Er-

1) Enneccerus-Nipperdey § 145 A 4; Lehmann § 24 IV 1 b; Staudinger Komm.Anm.2 vor § 104; Oertmann, Komm.Anm.9 vor § 104.

2) Lehmann § 24 IV 1 c.

3) Lehmann § 24 IV 2 b; Oertmann Komm.Anm. 3 d vor § 116.

4) Enneccerus-Nipperdey § 145 A 4.

5) Planiol-Ripert VI 99, ähnlich Aubry-Rau IV § 343-1.

klärungsbewußtsein fehlt z.B. wenn jemand in einer Versteigerung einem Freund winkt, ohne zu wissen, daß das Handaufheben ein Angebot darstellt; wenn jemand eine Bestellung unterschreibt in dem Glauben, es handele sich um eine Glückwunschadresse.

Im deutschen Recht fehlt eine gesetzliche Regelung dieser Fälle. Die Lehre nimmt überwiegend an, daß keine Willenserklärung vorliegt und die scheinbare Erklärung daher nichtig ist¹⁾, arg. e § 118 BGB. Abweichend davon tritt Brox für Anfechtbarkeit ein²⁾, da es sich um einen Irrtumsfall handele. Theoretisch wäre die Annahme eines Nichtrechtsgeschäfts die angemessenste Lösung, praktisch aber würde die Anfechtbarkeit besser passen, da es nur vom Handelnden abhängt, ob er den Mangel des Erklärungsbewußtseins geltend macht. Die von der h.L. angenommene Nichtigkeit ist insofern ein Kompromiß, als sie die mit der Irrtumsanfechtung verbundene Schadensersatzpflicht vermeiden möchte.

Im französischen Recht fehlt eine eigene Regelung dieser Fälle überhaupt. Entsprechend der willentheoretischen Grundhaltung muß man wohl inexistence annehmen. Die Rechtsprechung würde dagegen wohl einen Fall des *erreur sur la substance* annehmen, als den sie jeden beachtlichen Irrtum ansieht, und deshalb *nullité relative* anwenden.³⁾

Damit ist das Zentralproblem beim Willen, der Irrtum, berührt.

¹⁾ Lehmann § 34 III 1 b; Enneccerus-Nipperdey § 167 II 3; Staudinger-Komm. § 119 Anm.4; von Tuhr II 1 S.403; RGR Komm. Anm.1 vor § 116, der allerdings unrichtig von "Geschäftswille" spricht.

²⁾ Brox a.a.O. S.49.

³⁾ vgl. Morandière II 626 für den Fall eines Erklärungsirrtums.

Da dieser aber eine zusammengefaßte Behandlung erfordert, soll der zum Erklärungswillen gehörige Erklärungsirrtum zunächst übergangen werden.

3. Der Erfolgs- oder Geschäftswille.

Da jede Willenserklärung auf einen Rechtserfolg gerichtet ist, muß der Erklärende den jeweils konkreten Rechtserfolg in seinen Willen aufgenommen haben.¹⁾ Dieser Geschäftswille umfaßt alle Rechtsfolgen, auf die sich die Erklärung ihrem Inhalt nach bezieht und ist auch bei Willensbetätigungen gegeben.²⁾ Der Geschäftswille ist demnach der spezifisch rechtliche Teil des komplexen Begriffes Willen und als solcher für ein Rechtsgeschäft schlechthin unentbehrlich, wenn auch Anhänger einer reinen Erklärungstheorie ihn für unbeachtlich hielten.³⁾ Für das französische Recht gilt, daß es, wenn es von *volonté* oder *consentement* spricht, regelmäßig den Geschäftswillen meint, da es ja den Eintritt der Rechtswirkung beim *acte juridique* grundsätzlich an den Willen, nicht an die Erklärung anknüpft.

Der Erfolgswille kann in verschiedener Hinsicht mangelhaft sein; er kann unbewußt infolge eines Irrtums fehlen oder bewußt beim geheimen Vorbehalt, beim Scheingeschäft und beim nicht ernstlichen Geschäft. Da der Inhaltsirrtum mit den anderen Arten des Irrtums zusammen behandelt werden soll, verbleiben hier die Fälle des bewußten Fehlens des Geschäftswillens.

1) Lehmann § 24 IV 1 b.

2) Staudinger-Komm. Anm. 1 u. 2 vor § 116.

3) vgl. Lehmann § 24 IV 1 c.

a) Der geheime Vorbehalt, la réserve mentale.

Dieser besteht darin (§ 116 BGB), daß der Erklärende sich insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen. Er liegt auch vor, wenn der Vorbehalt zwar geäußert wird, aber so, daß er nicht zur Kenntnis dessen gelangen soll, an den die Erklärung gerichtet ist.¹⁾ Er bezweckt stets eine Täuschung, wenn die Motive auch nicht unsittlich sein müssen. Hauptfall ist aber der sog. böse Scherz, d.h. eine nicht ernst gemeinte Erklärung, die in der Absicht abgegeben ist, der Gegner werde den Mangel der Ernstlichkeit nicht rechtzeitig erkennen.²⁾

Der geheime Vorbehalt kann aus zwingenden Gründen der Rechtssicherheit von keiner Rechtsordnung anerkannt werden.³⁾

Das deutsche Recht folgt hier der Erklärungstheorie und bestimmt in § 116 Satz 1 BGB, daß das Rechtsgeschäft trotz des Vorbehaltes gültig ist. Im französischen Recht fehlt eine gesetzliche Bestimmung, auch der Reformentwurf sieht eine solche nicht vor; in der Lehre findet die réserve mentale wenig Beachtung. Nach der Willenstheorie muß die Erklärung zwar als nichtig angesehen werden; da die Täuschung aber eine faute darstellt, die nach art. 1382 zum Schadensersatz verpflichtet, und nach französischer Auffassung dieser auf das positive Interesse geht, wird der acte juridique im Wege der Naturalrestitution aufrecht erhalten.⁴⁾

1) von Tuhr II 1 S.554 f.

2) Lehmann § 34 II 1 a ; Enneccerus-Nipperdey § 165 III.

3) von Tuhr II 1 S.554.

4) de Page I 22; nach Crome a.a.O. S.256 ist der Vorbehalt "wirkungslos", was im Ergebnis zutrifft.

Erkennt der Erklärungsempfänger den geheimen Vorbehalt, so braucht er nicht geschützt zu werden. Nach § 116 Satz 2 ist die Erklärung dann nichtig, im französischen Recht wird der acte als non avvenu angesehen¹⁾, d.h. es liegt inexistence vor.

b) Die nicht ernstliche Erklärung.

Sie unterscheidet sich vom geheimen Vorbehalt nur dadurch, daß der Erklärende erwartet, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt (§ 118 BGB), d.h. sofort oder doch rechtzeitig erkannt werden.²⁾ Es fehlt also die Täuschungsabsicht. Hauptfälle sind der sog. gute Scherz (jocandi causa), Prahlereien, nicht rechtlich gemeinte Zusagen und Scheinerklärungen, bei denen der Urheber irrig das Einverständnis des Gegners annimmt.³⁾

Das deutsche Recht wendet hier die Willenstheorie an und bestimmt in § 118, daß die Erklärung und damit das Rechtsgeschäft nichtig ist.⁴⁾ Die Nichtigkeit tritt ohne Rücksicht darauf ein, ob die Erklärung die mangelnde Ernstlichkeit erkennen läßt oder ob sie vom Erklärungsgegner ernst genommen wird. Das BGB gleicht dies dadurch aus, daß es gutgläubigen (§ 122 Abs.2) Erklärungsgegnern einen Schadensersatzanspruch ohne Rücksicht auf Verschulden gewährt, § 122 Abs.1 BGB. Dieser beschränkt sich zwar auf den Vertrauensschaden, kann aber bis zur Höhe des positiven Interesses gehen.

1) Planiol-Ripert VI 99; Aubry-Rau IV § 343; Breton "consentement", 9.

2) von Tuhr II 1 S.566; Lehmann § 34 II 3; Enneccerus-Nipperdey § 165 I.

3) von Tuhr II 1 S.566.

4) Manigk "Unwirksamkeit" I 7 kritisiert dies und befürwortet de lege ferenda Anfechtbarkeit; ähnlich Brox a.a.O. S.49.

Im französischen Recht werden solche Erklärungen mangels gesetzlicher Bestimmungen als non avenu., d.h. als inexistent angesehen.¹⁾ Wenn die Erklärungen aber derart waren, daß der Gegner auf ihre Ernstlichkeit vertrauen durfte und vertraute, so wird dies als faute des Erklärenden angesehen, die über art.1382 die Aufrechterhaltung des acte zur Folge hat.²⁾ Abgesehen also vom Erfordernis des Verschuldens, das aber im französischen Recht leicht angenommen wird, und vom Umfang des Schadensersatzes, ist das Ergebnis im deutschen und französischen Recht nicht nur praktisch dasselbe, sondern wird auch, anders als beim geheimen Vorbehalt, in gleicher Weise erreicht.

c) Das Scheingeschäft - la simulation.

Scheingeschäft, acte simulé, ist ein Rechtsgeschäft, das im Einverständnis mit dem Empfänger der Willenserklärung oder zusammen mit diesem nur zum Schein vorgenommen wird;³⁾ es steht dem erkannten geheimen Vorbehalt nahe, bezweckt aber nicht die Täuschung des Gegners, sondern Dritter, wobei die Täuschung meist, aber nicht notwendig unredliche Motive hat. In der Regel wird durch das Scheingeschäft ein anderes, wirklich gewolltes Rechtsgeschäft (acte dissimulé, contre-lettre) verdeckt, das die Wirkung des Scheingeschäfts aufhebt, abändert oder auf eine andere Person überträgt.⁴⁾ Der ganze Vorgang wird im französischen Recht als simulation bezeichnet.

-
- 1) Planiol-Ripert VI 99 und 127; Aubry-Rau IV § 343; Breton "consentement" 9; Crome a.a.O. S.256.
- 2) de Page I 22; Planiol-Ripert VI 127 läßt einen Vertrag direkt zustande kommen.
- 3) Lehmann § 34 II 2; Enneccerus-Nipperdey § 165 II; von Tuhr II 1 S. 557 ff.
- 4) Carbonnier II 122; Breton "contre-lettre".

Die simulation hat im französischen Recht¹⁾ eine weit größere Bedeutung als im deutschen Recht das Scheingeschäft; denn hier gehören das fiduziarische Geschäft und das Geschäft mittels Strohmann nicht zum Begriff des Scheingeschäfts²⁾, während das französische Recht wohl auch diese Erscheinungen zur simulation zählt, sie jedenfalls nicht ausklammert.

Nach deutschem Recht ist das Scheingeschäft nichtig, § 117 Abs. 1 BGB; auch dieses Ergebnis ist ein Ausfluß der Willenstheorie. Dritte, auch wenn sie auf die Gültigkeit des Geschäfts vertrauten, werden nicht besonders geschützt, soweit nicht die allgemeinen Gutglaubensvorschriften eingreifen.³⁾

Das französische Recht unterscheidet. Unter den Parteien läßt es das simulierte Geschäft entsprechend deren Willen unwirksam sein.⁴⁾ Gutgläubige Dritte dagegen können sich auf das Scheingeschäft berufen, ihnen gegenüber ist es wirksam.⁵⁾ Das französische Recht geht daher in diesem Punkt weiter im Schutz des Verkehrs als das deutsche.

Unbeachtlich ist im deutschen wie französischen Recht die Simulation bei der Ehe⁶⁾; eine Scheinehe ist daher gültig. Ausnahme

-
- 1) wo sie eigenartigerweise nicht bei der Willenserklärung, sondern bei den Vertragswirkungen behandelt wird, während der cciv (art. 1321) sie ganz verfehlt bei den Beweisvorschriften regelt.
- 2) Enneccerus-Nipperdey § 148 II 1; Lehmann § 34 II 2 b.
- 3) Enneccerus-Nipperdey § 165 II; von Tuhr II 1 S. 561; RGR Komm. Anm. 12 ff zu § 117.
- 4) Capitant 241; Zachariae § 128; Crome a. a. O. S. 257.
- 5) Planiol-Ripert VI 337; Carbonnier II 122; Morandière II 745.
- 6) Enneccerus-Nipperdey § 165 II 1; von Tuhr II 1 S. 563; Planiol-Ripert VI 334

§ 19 Abs.1 EheG.

Das verdeckte Geschäft ist nach deutschem Recht gültig, § 117 Abs.2 BGB, wenn es seine eigenen Erfordernisse sämtlich erfüllt; es gilt dann auch gegenüber Dritten, auch wenn diese es nicht kennen.

Auch im französischen Recht kann der acte contre lettre unabhängig von der simulation gültig sein;¹⁾ es genügt sogar, wenn der acte simulé die erforderliche Form hat.²⁾ Ausnahmsweise ist das verdeckte Geschäft ungültig, nul: artt. 911, 1099 II, 1100, 1396 cciv und einige Sonderfälle, z.B. cession d'offices ministeriels;³⁾ doch ist der Grund der Ungültigkeit eher die Rechtswidrigkeit dieser Geschäfte als die simulation. Im Verhältnis zu gutgläubigen Dritten ist der acte contre-lettre dagegen unwirksam, inopposable, art. 1321 cciv. Diese können sich aber auch auf das verdeckte Geschäft berufen, wenn sie wollen;⁴⁾ sie haben dafür eine eigene Klage, die sog. action en déclaration de simulation.⁵⁾ Bei Streit unter den Dritten genießen in der Regel diejenigen den Vorzug, die sich auf das Scheingeschäft berufen.⁶⁾

Der einfachen und klaren, wenn auch im einzelnen manchmal vielleicht unbilligen Lösung des deutschen Rechts steht also im französischen Recht eine verwickelte, auf billigen Interessenausgleich bedachte Regelung gegenüber.

-
- 1) Capitant 241; Morandiére II 745; art.6 du projet, Travaux 1947/8 S.340.
 - 2) Planiol-Ripert VI 335.
 - 3) Planiol-Ripert VI 336; Breton "contre-lettre" 21 ff.
 - 4) Planiol-Ripert VI 338.
 - 5) Carbonnier II 122; Planiol-Ripert VI 344/5.
 - 6) Planiol-Ripert VI 339; Carbonnier II 122.

4. Der Irrtum - l'erreur.

Der Irrtum ist ein unbewußtes Auseinanderfallen von Vorstellung und Wirklichkeit, "une croyance qui n'est pas conforme à la vérité"¹⁾, wobei die fehlende Vorstellung (ignorantia) der falschen Vorstellung (error) von der Wirklichkeit gleich steht.²⁾

Im deutschen Recht ist der Irrtum in § 119 BGB geregelt, dem die Lehre trotz mancher Kritik am "Psychologismus" dieser Bestimmung³⁾ durchwegs folgt. Danach wird unterschieden zwischen dem Irrtum in der Erklärung, § 119 Abs.1, 2.Alternative, dem Irrtum über den Inhalt der Erklärung (§ 119 Abs.1, erste Alternative) und dem Irrtum über Eigenschaften (§ 119 Abs.2). Der Erklärungsirrtum ist ein Mangel des Erklärungswillens, der Inhaltsirrtum ein Mangel des Geschäftswillens, während der Eigenschaftsirrtum nach h.M. ein Motivirrtum ist, der ausnahmsweise für beachtlich erklärt worden ist. Die Rechtsfolge, Anfechtbarkeit, verbunden mit Verpflichtung zum Ersatz des Vertrauensschadens, ist in diesen Fällen die gleiche. Praeter legem erkämpfte sich eine weitere Irrtumsart, der Irrtum in der Geschäftsgrundlage, seine Anerkennung in der Rechtsprechung und Lehre mit ganz abweichender Rechtsfolge (§ 242 BGB: Unverbindlichkeit, Rücktritt). Auch er ist eigentlich ein Motivirrtum.⁴⁾

Auch im französischen Recht ist die Regelung des Irrtums in art. 1110 cciv nur unvollständig, da diese Bestimmung nur den erreur

1) Capitart 243.

2) Crome a.a.O. S.259; Oertmann Komm.§ 119 Anm.8; RGR Komm § 119 Anm.1.

3) z.B. Brox a.a.O. S.63; Lange a.a.O. S.336.

4) Haupt a.a.O. S.68/9.

sur la substance und sur la personne enthält. Während die Lehre die Lücken des Gesetzes überwiegend durch Schaffung der Kategorien des *erreur d'obstacle ou exclusif du consentement* und des *erreur sans influence sur le consentement* jeweils mit Unterarten und verschiedener Sanktion zu füllen versucht, ging die Rechtsprechung den Weg einer fast uferlosen Ausweitung des *erreur sur la substance* und des in art. 1131 cciv angedeuteten *erreur sur la cause*. Die Reformkommission zog daraus die Konsequenz und verzichtete ganz darauf, den Irrtum an irgendwelche Tatbestandsmerkmale des Willens zu knüpfen. Art. 8 du projet lautet:¹⁾ "Pour que l'erreur vicie la volonté il faut: qu'elle ait été déterminante; qu'elle ait porté sur une considération essentielle eu égard aux conditions dans lesquelles l'acte est intervenu; qu'elle ne soit pas inexcusable." Die Berücksichtigung des Irrtums ist im wesentlichen eben eine Frage der Billigkeit, die sich logisch kaum befriedigend lösen läßt. Trotzdem soll versucht werden, an Hand der deutschen Systematik die einzelnen Arten des Irrtums in beiden Rechtsordnungen darzustellen.

a) Der Erklärungsirrtum.

Dieser Irrtum besteht in einem Auseinanderfallen von Erklärungswillen und Erklärtem²⁾, *une discordance entre la volonté interne et son expression.*³⁾ Die abgegebene Erklärung entspricht in-

-
- 1) Travaux 1947/8 S.340. Inkonsequent und überflüssig daher art. 39 aaO: "L'erreur sur la cause emporte la nullité de l'acte."
 - 2) Enneccerus-Nipperdey § 167 II; Lehmann § 34 III 1 a; Staudinger Kommentar § 119 Anm.11.
 - 3) Morandière II 626.

folge eines Versehens äußerlich nicht dem, was der Erklärende erklären wollte, z.B. er verspricht sich, verschreibt sich, vergreift sich oder ein Diktat wird unrichtig niedergeschrieben, eine unrichtig verlesene Urkunde unterschrieben, ein Blankett abredewidrig ausgefüllt.¹⁾ Dasselbe Ergebnis kann eintreten infolge einer irrtümlich falschen Übermittlung einer richtig abgegebenen Erklärung durch einen Boten.²⁾

a) Im deutschen Recht sind solche irrig abgegebenen Erklärungen anfechtbar, BGB § 119 Abs.1, 2.Alternative, § 120. Die Anfechtung muß unverzüglich nach Entdeckung des Irrtums erfolgen § 121 BGB. Der Anfechtende muß gutgläubigen Erklärungsgegnern den Vertrauensschaden bis zur Höhe des Erfüllungsinteresses ersetzen, § 122 BGB, ohne daß es auf sein Verschulden ankommt.³⁾

B) Im französischen Recht ist die Behandlung dieser Irrtumsfälle unklar. Eine spezielle gesetzliche Regelung fehlt, auch die Lehre übergeht diese Fälle meist. Soweit sie behandelt werden, besteht keine Übereinstimmung. Morandière⁴⁾ will den wahren Willen berücksichtigt wissen und nimmt nullité relative an; nach ihm soll die Rechtsprechung im allgemeinen Substanzirrtum annehmen. Den gutgläubigen Erklärungsempfänger will er bei faute des Erklärenden, die meist vorliege (Unachtsamkeit), durch einen Schadensersatz-

1) von Tuhr II 1 S.570; Oertmann Komm. § 119 Anm.2.

2) Enneccerus-Nipperdey § 167 III; Lehmann § 34 III 1 d.

3) Staudinger Komm. § 119 Anm.51.

4) II 626 für irrige Erklärung, II 751 für falsche Übermittlung.

anspruch schützen, der zur Aufrechterhaltung des acte führt. Anders Planiol-Ripert¹⁾; sie lösen den Konflikt zwischen den Interessen des Erklärenden und des Erklärungsempfängers ohne Rücksicht auf den Willen des Erklärenden: Erkennt der Empfänger den Irrtum oder muß er ihn erkennen, was sich aus der Erklärung oder den Umständen ergibt, so wird der wahre Wille durch Berichtigung (rectification) der Erklärung analog art. 2058 cciv, 541 cproc civ berücksichtigt.⁴⁾ Ist der Empfänger dagegen gutgläubig, so gilt die Erklärung wie sie abgegeben ist und eine Berufung auf den Irrtum ist ausgeschlossen. Dieser Lösung hat sich der Reformentwurf im wesentlichen angeschlossen.²⁾ Er läßt die Berichtigung auch noch vor Ausführung des acte zu, stellt also, ähnlich wie das deutsche Recht mit dem Erfordernis der unverzüglichen Anfechtung, darauf ab, ob die Geltendmachung des Irrtums dem Gegner noch zugemutet werden kann.

- γ) Die Berichtigung hat gegenüber der Anfechtung den Vorteil, daß das Rechtsgeschäft bestehen bleibt, wenn der Erklärungsgegner bereit ist, den wahren Willen des Erklärenden gelten zu lassen. Daß der Anfechtende sich trotzdem von dem Geschäft lossagen kann, wird für das deutsche Recht z.T. kritisiert.³⁾ Im übrigen sind die Ergebnisse im deutschen und französischen Recht praktisch recht ähnlich. Ist

1) VI 190 für irrige Erklärung, 157 für falsche Übermittlung.

2) art. 10 du projet, Travaux 1947/8 S.340, Diskussion der Kommission S.164 ff.

3) Brox a.a.O. S.86; Enneccerus-Nipperdey § 170 IV; von Tuhr II 1 S. 591.

4) die den Vergleich (transaction) bzw. die Rechnungslegung (reddition des comptes) betreffen.

der Irrtum erkennbar, so wird der wahre Wille berücksichtigt, im deutschen Recht durch Anfechtung ohne Schadensersatzpflicht, bei Morandiére durch nullité relative, bei Planiol-Ripert durch rectification. Ist der Irrtum nicht erkennbar, so wird der Erklärungsgegner geschützt, im deutschen Recht durch den Schadensersatzanspruch, der den Irrenden meist von der Anfechtung abhalten wird, bei Morandiére ebenfalls durch einen Schadensersatzanspruch, der in Aufrechterhaltung des acte besteht, bei Planiol-Ripert durch Gültigkeit der Erklärung.

b) Der Inhaltsirrtum.

Dieser Irrtum besteht in einem Zwiespalt zwischen dem vorgestellten Rechtserfolg und dem, wie er sich aus dem Inhalt der Erklärung objektiv ergibt.¹⁾ Der Erklärende will zwar die Erklärung, so wie er sie abgibt, auch abgeben, hat aber eine falsche Vorstellung von dem Sinn und der Bedeutung seiner Erklärung. Dies kann beim Gebrauch einer fremden Sprache oder von Fachausdrücken vorkommen.²⁾ Hauptfall des Inhaltsirrtums ist aber der sog. Identitätsirrtum, d.h. der Irrtum über die Rechtsnatur des Rechtsgeschäfts (error in negotio z.B. jemand sagt Leihe, meint Miete), über die Identität des Gegenstandes oder der Person, auf den oder die das Rechtsgeschäft sich bezieht (error in corpore, in objecto, in persona).³⁾ Ob außerdem noch gewisse Fälle des Eigenschaftsirrtums, der sog. Irrtum über

1) Enneccerus-Nipperdey § 167 IV; Lehmann § 34 III 1 c; von Tuhr II 1 S.572; Staudinger, Komm. § 119 Anm.11, 13; Lange a.a.O. S.339.

2) Enneccerus-Nipperdey § 167 IV 1; Staudinger Komm. § 119 Anm.13.

3) Enneccerus-Nipperdey § 167 IV 2 Anm.3.; Lehmann § 34 III 1 c; Staudinger Komm. § 119 Anm.14; Oertmann Komm. § 119 Anm.3.

die Sollbeschaffenheit, Inhaltsirrtümer sind oder sein können, ist strittig.¹⁾

- α) Im deutschen Recht führt der Inhaltsirrtum zur Anfechtbarkeit der Willenserklärung und damit des Rechtsgeschäfts, BGB § 119 Abs.1, erste Alternative. Das deutsche Recht sieht also das Rechtsgeschäft als zustandegekommen an, weil es vom erklärten Willen ausgeht, und trägt dem wirklichen Willen insofern Rechnung, als es das Rechtsgeschäft ungültig werden läßt. Das Anfechtungsrecht ist auch hier mit der Pflicht zum Ersatz des Vertrauensschadens verbunden, § 122 BGB, und muß unverzüglich ausgeübt werden, § 121 BGB.
- β) Dem französischen Recht ist der Inhaltsirrtum als eine allgemeine Kategorie innerhalb des Irrtums unbekannt; es kennt aber ebenfalls die einzelnen Fälle von Identitätsirrtümern: l'erreur sur la nature de l'acte, l'erreur sur l'identité de l'objet et de la personne. Gesetzlich geregelt ist davon in art 1110 Abs.2 nur der Irrtum über die Identität der Person des Vertragspartners²⁾, der dem Eigenschaftsirrtum gleichgestellt und mit nullité relative sanktioniert ist. In der Lehre besteht keine Einigkeit darüber, wie die beiden anderen Irrtumsfälle zu regeln sind. Die h.L. zählt sie im Anschluß an Pothier,

1) Enneccerus-Nipperdey § 167 IV 3 u.a. im Anschluß an Flume "Eigenschaftsirrtum und Kauf", 1948. Es ist zuzugeben, daß auch ein solcher Irrtum eine Diskrepanz zwischen vorgestelltem und erklärtem Rechtserfolg zur Folge hat, doch ist diese Kategorie wegen § 119 Abs.2 BGB überflüssig, wenn man diesem daneben seine selbständige Bedeutung beläßt, was Enneccerus-Nipperdey und Lehmann im Gegensatz zu Flume tun. Vgl. auch Brox a.a.O. S.65.

2) Carbonnier II 102; Colin-Capitant II 38 A; Planiol-Ripert VI 182.

procedure civile n. 737, zum sog. erreur obstacle.¹⁾ Dieser Begriff soll besagen, daß der Irrtum in diesen Fällen den Willen nicht nur mangelhaft macht, sondern ganz ausschließt, daß er ein erreur exclusif du consentement ist. Diese Autoren gehen also vom wirklichen Willen aus; bei Verträgen wirke sich der Identitätsirrtum in einem Dissens im Willen aus, der Vertrag komme nicht zustande. Damit erklärt die h.L. auch, warum der cciv diese Irrtumsfälle nicht regele; denn er zähle zum Irrtum nur die Fälle, in denen ein consentement mangelhaft, aber immerhin gegeben sei.²⁾ Als Rechtsfolge des erreur obstacle nehmen die Vertreter dieser Lehre konsequenterweise in-existence³⁾, oder nullité absolue an.⁴⁾ Abweichend davon läßt Morandière⁵⁾ nullité relative eintreten, da nur der Irrende die Ungültigkeit solle geltend machen können. Diese Ansicht würde aber voraussetzen, daß das Rechtsgeschäft mit dem erklärten Willen zustandegekommen ist, denn sonst gäbe es ja nicht nur einen, sondern bei Verträgen zwei Irrende. In Erkenntnis der Unzulänglichkeit dieser rein

-
- 1) Colin-Capitant I 59 und II 37; Planiol I 273 und II 1051/2; Capitant 243; Carbonnier II 102; Laborde-Lacoste I 219; de Page I 35; Morandière II 651. Z.T. rechnen diese Autoren auch den erreur sur la cause oder (Aubry-Rau IV § 343 bis 1 und Anm.5) den erreur sur le caractère de la cause hierher. Da die cause aber nur bei Zuwendungen erforderlich ist, soll auch der Irrtum über die cause erst bei diesen behandelt werden. Im übrigen ist er selbst dann kein Inhaltsirrtum, sondern nur ein beachtlicher Motivirrtum. Siehe auch dort, unten S.135
- 2) Windscheid a.a.O. S.255; Capitant S.308 Anm.1; Carbonnier II 95.
- 3) z.B. Zachariae § 323,4; Laborde-Lacoste I 202 u. 219.
- 4) Crome a.a.O. S.263; Colin-Capitant II 36; Carbonnier II 102.
- 5) II 651.

willenstheoretischen Lösung, lehnen Planiol-Ripert¹⁾ den Begriff des *erreur obstacle* ganz ab und vertreten den Standpunkt, daß auch diese Fälle des Identitätsirrtums im *cciv* geregelt seien. Sie sehen art. 1109, wonach es kein gültiges *consentement* gebe, wenn dieses nur infolge eines Irrtums gegeben worden ist, als Generalklausel an, die die nicht in art. 1110 aufgeführten Irrtumsfälle lösen lasse, und wenden art. 1117, d.h. nullité relative an. Mit dieser gesetzestechnisch zwar nicht ganz korrekten, aber praktischen Konstruktion kommen sie auch der Rechtsprechung nahe, die den *erreur obstacle* nie angenommen hat und mit dem allerdings noch unpassenderen Begriff des *erreur sur la substance* auch für diese Fälle arbeitet, womit sie ebenfalls zur *nullité relative* kommt.²⁾ Im Ergebnis ist ihr zuzustimmen, denn da der *cciv* beim *erreur sur la personne* nicht zwischen Identitätsirrtum und Eigenschaftsirrtum unterscheidet, in bewußter Abweichung von Pothier³⁾, muß angenommen werden, daß auch die übrigen Identitätsirrtümer im französischen Recht die Existenz der Willenserklärung nicht ausschließen, sondern nur deren *nullité relative* zur Folge haben. Auch der Reformentwurf läßt in diesen Fällen, wie bei allen Irrtumsfällen, *nullité relative* eintreten.⁴⁾

1) VI 175/6 und 188; Aubry-Rau § 343 bis Anm.1 ähnlich.

2) Boulanger "erreur" 8.

3) Colin-Capitant II 35.

4) art. 50 du projet, Travaux 1947/8 S.345.

y) Das französische Recht kennt keine besonderen Vorschriften über eine unverzügliche Geltendmachung des Irrtums (art.1304 mit seiner überlangen Frist von 10 Jahren nützt nichts) oder Schadensersatzpflicht des Irrenden. Art 1382 cciv tritt nur bei faute ein, d.h. bei einem unentschuldbaren Irrtum.¹⁾ Eine Schadensersatzpflicht auch ohne Verschulden wird in Anlehnung an Iherings Theorie von der culpa in contrahendo vereinzelt befürwortet,²⁾ hat sich aber nicht durchgesetzt. Auch der Reformentwurf hält in art.11 du projet am Erfordernis der faute fest.³⁾

c) Der Eigenschaftsirrtum.

Die Eigenschaften des Gegenstandes (insbes. der Sache) oder der Person, auf die das Rechtsgeschäft sich bezieht, gehören zu den Vorstellungen und Erwartungen, die den Erklärenden zur Abgabe seiner Willenserklärung veranlassen, also zu den Motiven⁴⁾. Eine irriige Vorstellung über diese Eigenschaften ist daher notwendig ein Motivirrtum.⁵⁾ Nun ist ein Motivirrtum in beiden Rechtsordnungen grundsätzlich zwar unbeachtlich,⁶⁾ der Eigenschaftsirrtum ist aber praktisch so wesentlich, daß er in beiden Rechtsordnungen seine Anerkennung erzwungen hat.

-
- 1) Planiol-Ripert VI 180 u.189; Aubry-Rau § 343 bis, 1; Morandière II 657.
 - 2) de Page I 46.
 - 3) Travaux 1947/8 S.340.
 - 4) Damit ist nicht ausgeschlossen, daß sie auch zum Inhalt der Erklärung gemacht werden können.
 - 5) h.M. Enneccerus-Nipperdey § 168 Anm.2; Lehmann § 34 III 1 e; von Tuhr II 1 S.569; Staudinger Komm. § 119 Anm.16; Oertmann Komm. § 119 Anm.4.
 - 6) Enneccerus-Nipperdey § 177 I; Motive I 203; von Tuhr II 1 S.198 u. 552; Windscheid a.a.O. S.253; Zachariae § 323, 5; Planiol II 1059, Morandière II 658; Carbonnier II 102; art.40 du projet, Travaux 1947/8 S.344.

- α) Das deutsche Recht regelt diesen Irrtum in § 119 Abs.2 BGB. Danach ist ein Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden, beachtlich. Er führt zur Anfechtbarkeit, wenn anzunehmen ist, daß der Irrende bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Falles die Willenserklärung nicht abgegeben hätte. Dieses doppelte Kausalitätserfordernis gilt zwar für alle Fälle des § 119, hat eine einschränkende Bedeutung aber eigentlich nur beim Eigenschaftsirrtum; beim Erklärungs- und Inhaltsirrtum dürfte die Kausalität immer vorliegen, da dort der Wille schon mit der Erklärung bzw. dem Rechtserfolg nicht übereinstimmt. Die Anfechtbarkeit ist nach ständiger Rechtsprechung ausgeschlossen, wenn und soweit die Sachmängelhaftung eintritt.¹⁾

Trotz der klaren Gesetzesbestimmung ist die Abgrenzung der wesentlichen von den unwesentlichen Eigenschaften in der Lehre nicht einheitlich. Während von Tuhr²⁾ den Eigenschaftsbegriff noch sehr eng zog, umfaßt er heute alle für die Individualisierung, den Wert oder die Verwendbarkeit bedeutsamen Merkmale und Verhältnisse tatsächlicher oder rechtlicher Art.³⁾ Dafür wird zur Einschränkung neuerdings überwiegend verlangt, daß die fragliche Eigenschaft zum Inhalt der Erklärung gemacht wird, bei Verträgen also unter die Einigung fällt.⁴⁾ Damit ist aber die objektive

1) Staudinger Komm. § 119 Anm. 32 ff.

2) II 1 S. 578.

3) Lehmann § 34 III 1 e.

4) Enneccerus-Nipperdey § 169 II; Staudinger Komm. § 119 Anm. 18.

Grundlage des Gesetzes, das auf die Verkehrsanschauung abstellt, verlassen, der Verkehrswesentlichkeit kommt höchstens noch einschränkende Bedeutung zu, wo eine Abrede nicht getroffen ist. Aber auch dann wird auf subjektive Gesichtspunkte wie den Zweck oder die wirtschaftliche Eigenart des Geschäfts abgestellt.¹⁾ Es wird also eine Parteivereinbarung, wo diese nicht ausdrücklich oder stillschweigend getroffen ist, fingiert, wobei man davon ausgeht, was Durchschnittsteilnehmer am Rechtsverkehr vereinbart hätten. Dem Gesetz, das den Eigenschaftsirrtum als Inhaltsirrtum fingiert, wird so auf eine Weise Genüge getan, die es wahrscheinlich nicht im Auge hatte, als es den Eigenschaftsirrtum für beachtlich erklärte; denn es wollte wohl nur eine technische Anknüpfung, keine inhaltliche Gleichsetzung vornehmen.²⁾

Lehnt man die Auffassung ab, daß nur der zum Inhaltsirrtum gewordene Eigenschaftsirrtum (der Irrtum über die Sollbeschaffenheit) zur Anfechtung berechtigt, und läßt man auch einen Motivirrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft genügen³⁾, so können unbillige Ergebnisse durch Berücksichtigung des Geschäftsrisikos vermieden werden. Die Anfechtung ist dann auszuschließen, wenn sie bei spekulativem Charakter des Geschäfts das Risiko zugunsten des Spekulanten aufheben würde.⁴⁾ Die Rechtsprechung hat die Erkennbarkeit des besonderen Werts einer Eigenschaft grund-

1) Palandt Komm. § 119 Anm. 4 b und c.

2) Protokolle I 118; Brox a.a.O. S. 41; Haupt a.a.O. S. 67.

3) sog. Irrtum über die Istbeschaffenheit, wohl noch die h.M.; vgl. Lehmann § 34 III 1 c.

4) Enneccerus-Nipperdey § 168 I; Lange a.a.O. S. 342; Endemann "Irrtum".

sätzlich nie verlangt¹⁾, also auch keine Vereinbarung darüber. § 122 BGB, der dem gutgläubigen Erklärungsgegner bei Anfechtung einen Schadensersatzanspruch gibt, gilt auch für diese Fälle der Irrtumsanfechtung. Dar- aus kann man aber schließen, daß das Gesetz nur den Irr- tum über die Istbeschaffenheit im Auge hat; denn nur dann ist die Schadensersatzpflicht innerlich berechtigt. Fehlt es dagegen an der Sollbeschaffenheit, so ist nicht einzusehen, warum der Irrende, wenn die nach dem Ge- schäftsinhalt vorausgesetzte Eigenschaft fehlt, Schadens- ersatz leisten soll, weil dann entweder die Sachmängel- haftung eintritt oder ein gemeinsamer Irrtum vorliegt.²⁾

B) Das französische Recht regelt den Eigenschaftsirrtum in art. 1110 cciv, und zwar den personellen in Abs. 2, den sachlichen in Abs. 1. Beide beziehen sich ihrem Wortlaut nach nur auf Vertragsgegenstand und Vertragspartner, doch steht ihrer Anwendung auf Personen und Gegenstände,

1) Staudinger Komm. § 119 Anm. 18 b.

2) Dies ergibt sich aus folgender Übersicht. Angenommen A verkauft B eine Uhr.

1. Die Uhr ist golden, wird aber billig als vergoldete verkauft:

- a) A irrt, B irrt nicht; A kann anfechten, kein Schadensersatz wegen § 122 II;
- b) A und B irren; irrige Geschäftsgrundlage, Unverbindlichkeit;
- c) und d) A irrt nicht, B irrt bzw. irrt nicht, sind unreal; A könnte, B würde nicht anfechten; wenn doch, erlitt A keinen Schaden.

2. Die Uhr ist vergoldet, wird aber teuer als goldene verkauft:

- a) B irrt, A irrt nicht; B kann anfechten ohne Schadensersatz- pflicht wegen § 122 II, bzw. hat Sachmängelansprüche § 459 f;
- b) B und A irren, irrige Geschäftsgrundlage; B hat auch Sachmän- gelansprüche;
- c) und d) B irrt nicht, A irrt bzw. irrt nicht, sind unreal; B könnte nicht anfechten und hätte auch keine Sachmängelansprü- che, § 460.

auf die sich der acte im allgemeinen bezieht, kein durchgreifendes Bedenken entgegen; die eigene Person dagegen dürfte, anders als im deutschen Recht¹⁾, auszuscheiden haben. Der erreur sur la personne (der, wie oben erwähnt, auch die Identität der Person betreffen kann) wird nur bei den Rechtsgeschäften berücksichtigt, die einen intuitus personae mit sich bringen.²⁾ Dies sind in erster Linie die unentgeltlichen Geschäfte: donation und testament, von den entgeltlichen Gesellschafts-, Arbeits-, Pacht- und Darlehensverträgen; alles Rechtsgeschäfte, bei denen es auf die Person des Partners und dessen Eigenschaften im Hinblick auf die Erfüllungbarkeit des Geschäfts wesentlich ankommt, die Berücksichtigung der Person cause principale des Geschäfts ist. Diese eigenartige Beschränkung des persönlichen Eigenschaftsirrtums im französischen Recht ist jedoch eigentlich nur eine besondere Hervorhebung der Notwendigkeit der Kausalität des Irrtums; im deutschen Recht führt das Erfordernis der verständigen Würdigung bei Kenntnis der Sachlage zu demselben Ergebnis. Eine Besonderheit des französischen Rechts ist es, daß es bei familienrechtlichen Geschäften, insbes. bei der Ehe, den Eigenschaftsirrtum grundsätzlich nicht berücksichtigt.³⁾

Der Irrtum über Eigenschaften der Sache wird vom cciv als erreur sur la substance bezeichnet. Was damit gemeint ist,

1) Lange a.a.O. S.341.

2) Planiol-Ripert VI 182; Morandière II 652; Carbonnier II 102; Capitant 245/7; Aubry-Rau IV § 343 bis, 1; Planiol II 1054.

3) Colin-Capitant I 152; Ch.réun. 24 avril 1862 DP 62.1.53.

war in der französischen Lehre lange umstritten.¹⁾ Die ältere Lehre (Duranton, Demolombe, Marcadé) verstand unter substance die Materie und die spezifischen Eigenschaften der Sache. Aubry-Rau²⁾ vertreten heute noch allein diese Lehre. Die heute absolut h.L. versteht im Einklang mit der Rechtsprechung unter substance jede Eigenschaft, die im Einzelfall (Tatfrage!) für die Parteien das Rechtsgeschäfts wesentlich, d.h. ausschlaggebend, cause déterminante war.³⁾ Die Entwicklung ist also im französischen Recht von einer objektiven zu einer subjektiven Auffassung fortgeschritten, ähnlich wie dies für die deutsche Lehre festzustellen war. Die Übereinstimmung beider wird fast vollkommen, wenn man berücksichtigt, daß nach französischem Recht die qualité bei Verträgen von beiden Parteien für wesentlich angesehen werden muß, es also nicht genügt, daß nur eine Partei ohne Wissen der anderen ihr entscheidende Bedeutung beimißt.⁴⁾ Damit wird aber die Eigenschaft nach deutscher Auffassung zur Sollbeschaffenheit, der Eigenschaftsirrthum zum Inhaltsirrthum.

Der Irrthum über die qualité substantielle muß nicht ein beiderseitiger sein, es genügt, daß er einseitig ist.⁵⁾ Das Erfordernis der Kausalität des Irrthums ergibt sich aus der

1) Colin-Capitant II 38; Morandière II 654 f.

2) IV § 343 bis, 1. Sie sehen dafür die nur subjektiv wesentlichen Eigenschaften als Bedingungen des Rechtsgeschäfts an.

3) Planiol-Ripert VI 183; Morandière II 655; de Page I 39; Bonnecase II 413 f; Carbonnier II 102 u. 105; Capitant 244, Civ 28 jan.1913 S.1913.1.487.

4) Morandière II 657; Planiol-Ripert VI 177.

5) Morandière II 657; Planiol-Ripert VI 177; vgl. art.15, Travaux 1948/9 S.706.

Definition des Eigenschaftsbegriffes von selbst. Wenn die Eigenschaft, auf die der Irrtum sich bezieht, Gegenstand einer Spekulation ist, so ist der Irrtum unbeachtlich.¹⁾ Diese Vorkehrung entbehrt aber der praktischen Bedeutung, sobald man verlangt, daß die Eigenschaft von beiden Parteien als wesentlich angesehen werde; denn dann würde bei Spekulation der Irrtum ja bewußt in Kauf genommen, wäre also gar kein Irrtum mehr.

Übereinstimmend mit dem deutschen Recht ist der Irrtum über den Wert einer Sache grundsätzlich unbeachtlich, da er das Institut der lésion aus den Angeln heben würde.²⁾ Abweichend vom deutschen Recht kann auch der Irrtum über die Zahlungsfähigkeit einer Person unbeachtlich sein.³⁾ Im übrigen stehen rechtliche Irrtümer in beiden Rechtsordnungen tatsächlichen grundsätzlich gleich;⁴⁾ so auch der Reformentwurf.⁵⁾ Sanktion des beachtlichen Eigenschaftsirrtums ist im französischen Recht unstreitig die nullité relative⁶⁾, die der cciv in art. 1117 meint, wenn er die action en nullité ou en rescision im Gegensatz zur nullité de plein droit anordnet. Der Vorrang der Gewährleistungsansprüche vor der nullité relative ist im französischen Recht nicht durchwegs anerkannt, aber ebenso wie

1) Planiol-Ripert VI 178; de Page I 46.

2) RGR Komm. § 119 Anm. 17; Planiol-Ripert VI 186; auch art. 12 du projet, Travaux 1947/8 S. 340.

3) Morandière II 658; RGR Komm. § 119 Anm. 26.

4) RGR Komm. § 119 Anm. 33; Planiol-Ripert VI 181; Morandière II 646; Aubry-Rau IV § 343 bis, 1; aber art. 2052 cciv!

5) art. 9 du projet, Travaux 1947/8 S. 340.

6) z.B. Colin-Capitant II 36; art. 50 du projet, Travaux 1947/8 S. 345.

im deutschen Recht notwendig.¹⁾ Eine besondere Schadensersatzpflicht kennt das französische Recht auch hier nicht, wenn nicht faute gegeben ist, d.h. also bei unentschuldbarem Irrtum.²⁾ Im deutschen Recht kommt es dagegen auf die Entschuldbarkeit des Irrtums nicht an.³⁾

d) Sonstige beachtliche Motivirrtumsfälle

Grundsätzlich sind die Vorstellungen und Erwartungen, die für die Willensbildung entscheidend waren, für das Recht, das sich nur mit dem zustandegekommenen Willen befaßt, ohne Bedeutung, ein Irrtum in ihrem Bereich daher unbeachtlich. Ausnahmsweise fordern aber auch solche Motivirrtümer ihre Anerkennung. Der wichtigste Fall ist der Eigenschaftsirrtum; er reicht aber nicht aus, da der Begriff der Eigenschaft trotz seiner weiten Fassung nicht alle Motive umfassen kann. Da weder das BGB noch der cciv eine allgemeine Regelung solcher Fälle enthält,⁴⁾ wurden Hilfskonstruktionen entwickelt.

α) Im deutschen wie im französischen Recht sind Motive beachtlich, die zur Bedingung (zur echten oder unechten) des Rechtsgeschäfts erhoben sind.⁵⁾ Ihr Nichteintritt hat dann die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge. Um einen Willensmangel handelt es sich da aber nicht mehr.

1) Planiol-Ripert VI 184.

2) Planiol-Ripert VI 180 u.189; de Page I 46.

3) Staudinger Komm.§ 119 Anm.51; RGR Komm.§ 119 Anm.5.

4) Einzelfälle in §§ 459 I, 610, 812 I 2, 779 BGB.

5) Enneccerus-Nipperdey § 177 IV; von Tuhr II 1 S.201; Carbonnier II 102; Windscheid a.a.O. S.265.

- B) Da niemand eine Bedingung zu setzen pflegt, wenn er nicht Zweifel am Zutreffen des motivierenden Umstands hat, bleiben die Motive in der Regel ungeäußert. Aber auch dann werden sie im deutschen Recht berücksichtigt, wenn sie von den Parteien des Rechtsgeschäfts gemeinsam als Geschäftsgrundlage angenommen worden waren.¹⁾ Fehlt diese Geschäftsgrundlage, so liegt also stets ein beiderseitiger Irrtum über denselben Umstand vor. Die Folge dieses Irrtums ist nicht die Anfechtbarkeit,²⁾ auch nicht analog § 779 BGB die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts,³⁾ sondern sie bemißt sich nach § 242 BGB.⁴⁾ Je nach Lage des Falles wird das Rechtsgeschäft als unverbindlich angesehen, nach Treu und Glauben umgestaltet, oder durch Rücktritt bzw. Kündigung aufgehoben. Also ein sehr elastisches aber auch unberechenbares Ergebnis. Im französischen Recht fallen solche Irrtümer unter den Begriff des erreur sur la substance,⁵⁾ der sich von dem *qualité*-Begriff losgelöst und so stark ausgeweitet hat, daß er alle gemeinsam vorausgesetzten, zum sog. *champ contractuel* gehörigen

-
- 1) Enneccerus-Nipperdey § 177 III; RGR Komm. § 119 Anm. 35 ff, 46; sog. subjektive Geschäftsgrundlage, während die sog. objektive Geschäftsgrundlage nicht zu den Willensmängeln gehört; ihr nachträglicher Wegfall hat aber dieselben Folgen; im französischen Recht entspricht ihr die *théorie de l'imprévision*, Aubry-Rau IV § 347 Anm. 3 *sexies*
- 2) Weil § 119 II BGB auch bei weiter Auslegung nicht paßt. Auch der gemeinsame Eigenschaftsirrthum wird als Fall des Irrtums über die Geschäftsgrundlage behandelt, Lehmann § 34 III 1 f; das wäre nicht nötig gewesen. Die Schadensersatzpflicht des § 122 steht in Wahrheit nicht entgegen, weil sie nie praktisch würde; denn wer sich im selben Irrtum befindet wie der Anfechtende, muß notwendig dessen Irrtum kennen, ist also nicht gutgläubig i. S. des § 122 Abs. 2.
- 3) dafür aber Staudinger Komm. § 119 Anm. 58.
- 4) RGR Komm. § 119 Anm. 45; Lehmann § 34 III 1 f u. § 35 A VII 4.
- 5) Boulanger "erreur", 8; Planiol-Ripert VI 185.

Umstände umfassen kann. Rechtsfolge ist also grundsätzlich die nullité relative, doch begnügt sich die französische Rechtsprechung oft mit teilweiser Annulierung, einer Reduktion der einen Leistung oder der Erhöhung der Gegenleistung bei grundsätzlicher Aufrechterhaltung des Rechtsgeschäfts, wo dies dem mutmaßlichen Parteiwillen besser entspricht.¹⁾ Das französische Recht erreicht damit eine ähnliche Elastizität wie das deutsche in diesem speziellen Irrtumsfall.²⁾

- γ) Ob auch nur einseitig gehegte Erwartungen und Vorstellungen Geschäftsgrundlage bilden können, ein diesbezüglicher Irrtum also beachtlich ist, ist im deutschen Recht umstritten. Oertmann wollte schon genügen lassen, daß die Vorstellung vom Gegner erkannt und nicht beanstandet wird; diese Auffassung geht sicher zu weit.³⁾ Lehmann⁴⁾ verlangt außer der Erkennbarkeit der grundlegenden Bedeutung des Motivs 1. daß nur die Gewißheit der Partei bezüglich des Vorliegens des Umstands diese davon abhält, ihn zur Bedingung zu machen; 2. daß der Gegner sich mit Rücksicht auf den Vertragszweck auf die Bedingung eingelassen hätte oder redlicherweise hätte einlassen müssen. Die h.M. steht

1) Planiol-Ripert VI 188.

2) Brox a.a.O. S.86 befürwortet diese Lösung de lege ferenda für alle Irrtumsarten.

3) Enneccerus-Nipperdey § 177 III, 1; von Tuhr II 1 S.201.

4) § 35 A VII 1 - 3.

einer solchen Ausweitung der Geschäftsgrundlage ablehnend gegenüber. Eine generelle Lösung dürfte schwer zu finden sein; die Berücksichtigung solcher einseitiger Motive ist eine Frage der Billigkeit im einzelnen Fall.¹⁾ Berechnungsirrtümer z.B. verlangen oft ihre Anerkennung; das RG faßte sie deshalb als Inhaltsirrtum auf, später als Irrtum in der Geschäftsgrundlage, wenn die Berechnungsunterlagen Gegenstand der Verhandlungen, also erkennbar waren.²⁾ Bei einseitigen Zuwendungen im Erbrecht, wo der Empfänger wenig schutzwürdig ist, ist ein Motivirrtum Anfechtungsgrund, § 2078 BGB.

Im französischen Recht werden einseitige Motivirrtümer oft als Fälle des erreur sur la cause berücksichtigt³⁾, wobei cause seine ursprüngliche Bedeutung ganz verloren hat und als motif déterminant anzusehen ist.⁴⁾ Maßgebend ist hierbei auch weniger eine begriffliche Abgrenzung der beachtlichen und unbeachtlichen Motivirrtümer als die Billigkeit im Einzelfall. Umstritten ist die Rechtsfolge der fehlenden cause und damit auch des erreur sur la cause. Während die h.M. nullité absolue annimmt,⁵⁾ treten Planiol-Ripert⁶⁾

1) vgl. die Beispiele RGR Komm § 119 Anm.17.

2) Staudinger Komm. § 119 Anm.14 a; RGR Komm. § 119 Anm.14 und 43; Lange a.a.O. S.339.

3) art 1131 cciv; Planiol-Ripert VI 185; Carbonnier II 102, der ihn zum erreur obstacle zählt.

4) Morandière II 656; Bonnecase II 596 f.

5) Maury "cause", 109; Carbonnier II 109.

6) VI 263 u. 290, auch de Page II 487.

für nullité relative ein. Ihnen ist zuzustimmen, da ja nur die Interessen des Irrenden auf dem Spiel stehen und dieser Fall des Irrtums nicht andere Folgen haben soll als die übrigen. Berechnungsirrtümer behandelt das französische Recht wie Erklärungsirrtümer¹⁾, mit denen sie ja auch eng zusammenhängen²⁾. Bei Testamenten und Schenkungen ist das Motiv nach einer auf Pothier, Donations testamentaires n.82, zurückgehenden, im cciv aber nicht niedergelegten Tradition dann beachtlich, wenn der Verfügende das Motiv zur Bedingung seiner Zuwendung gemacht hatte, was nicht ausdrücklich geschehen zu sein braucht.³⁾

5. Arglistige Täuschung und dol.

Das deutsche und französische Recht berücksichtigen einen Irrtum stets dann, wenn er durch arglistige Täuschung bzw. dol hervorgerufen worden ist, ohne Rücksicht darauf, ob der Irrtum als solcher beachtlich wäre oder nicht, ob er sich auf die Erklärung, deren Inhalt oder nur ein Motiv bezieht.⁴⁾ Beide Rechtsordnungen verlangen daher grundsätzlich einen freien, unbeeinflussten Willen. In den Einzelheiten gehen sie allerdings teilweise auseinander.

- a) Im deutschen Recht versteht man unter Täuschung jedes Verhalten, das in einem anderen einen Irrtum erregt, bestärkt

1) Planiol-Ripert VI 190, de Page I 41.

2) vgl. Brox a.a.O. S.64.

3) Planiol-Ripert VI 179; Morandière II 658.

4) Crome a.a.O. S.264; Morandière II 660; von Tuhr II 1 S.553; Lehmann § 34 IV glauben zu Unrecht, daß immer nur ein Motivirrtum hervorgerufen werde.

oder erhält.¹⁾ Es genügt die Behauptung unwahrer Tatsachen, bei Werturteilen dagegen liegt eine Täuschung regelmäßig nicht vor. Das Verschweigen von Tatsachen ist dann Täuschung, wenn eine Aufklärungspflicht besteht; diese wird aber durch § 242 BGB weit ausgedehnt.²⁾ Das französische Recht verlangt demgegenüber, daß "manoeuvres" angewendet werden, durch die ein Irrtum hervorgerufen wird³⁾, und versteht darunter besondere Vorkehrungen, Kunstgriffe oder List. Gewöhnliche Lügen, einfaches Verschweigen von Fehlern und sogar Vorspiegeln von Eigenschaften begründet grundsätzlich keinen dol. Doch stellt auch ein absichtliches pflichtwidriges Schweigen, die sog. *réticence*, dol dar.⁴⁾

Arglist bedeutet im deutschen Recht, daß der Täuschende den Irrtum vorsätzlich erregt in dem Bewußtsein, daß der hervorgerufene Irrtum beim Getäuschten für die Abgabe der Willenserklärung ursächlich sein könnte.⁵⁾ Das französische Recht verlangt ebenfalls eine vorsätzliche Irrtumserregung, dazu aber noch die Absicht, den Getäuschten zur Abgabe seiner Willenserklärung zu veranlassen.⁶⁾ Eine Schädigungsabsicht ist dagegen nach deutschem und französischem Recht nicht erforderlich.⁷⁾ Der Irrtum muß kausal für die abgegebene Erklärung

-
- 1) Lehmann § 34 IV 1 a; von Tuhr II 1 S.604; RGR Komm. § 123 Anm.3.
2) Enneccerus-Nipperdey § 174 I 1 a; RGR Komm. § 123 Anm.9 ff.
3) art. 1116 cciv, Aubry-Rau IV § 343 bis, 3; Colin-Capitant I 60; Carbonnier II 103; auch art. 13 du projet, Travaux 1947/8 S.340 hält daran fest.
4) Planiol-Ripert VI 201; de Page I 50; Morandière II 659.
5) Lehmann § 34 IV 1 a; von Tuhr II 1 S.604; Enneccerus-Nipperdey § 174 I 2.
6) Planiol-Ripert VI 199.
7) von Tuhr II 1 S.604; a.A. anscheinend Carbonnier II 103.

rung gewesen sein. Nach deutschem Recht genügt es, wenn er mitbestimmend war und wenn die Erklärung jedenfalls nicht so abgegeben worden wäre, wie sie abgegeben ist.¹⁾ Das französische Recht verlangt dagegen, daß der dol voll ursächlich für die Abgabe der Willenserklärung ist, sog. dolus principalis. Hat die Täuschung nur dazu geführt, daß der Getäuschte das Rechtsgeschäft sonst nicht mit dem gegebenen Inhalt vorgenommen hätte (sog. dolus incidens), so kann er nur Schadensersatz oder réduction seiner Leistung verlangen.²⁾ Es zeigt sich also, daß das französische Recht gegenüber der Willensbeeinflussung durch arglistige Täuschung großzügiger ist als das deutsche. Das trifft auch auf die Ehe zu, wo das deutsche Recht in § 33 EheG die arglistige Täuschung berücksichtigt, während der dol nach französischem Recht die Ehe nicht mangelhaft macht.³⁾ "En mariage trompe qui peut!"

- b) Das deutsche und französische Recht haben beide aus dem römischen Recht eine Einschränkung hinsichtlich der Person des Täuschenden übernommen.⁴⁾ Bei Verträgen ist die Täuschung - der dol - grundsätzlich nur beachtlich, wenn sie von einer Partei oder deren Vertreter gegen die andere verübt worden ist.⁵⁾ Hat ein Dritter getäuscht, so ist die Täuschung nur

1) Enneccerus-Nipperdey § 174 I 3; Lehmann § 34 IV 1.

2) Planiol-Ripert VI 203 u. 207; de Page I 51; Morandière II 663.

3) Planiol-Ripert VI 202; Colin-Capitant I 152; de Page I 56.

4) Windscheid a.a.O. S. 249, 157.

5) arg.e. § 123 Abs. 2 BGB; Lehmann § 34 IV 3 a; Palandt Komm. § 123 Anm. 1 d; Morandière II 665; Planiol-Ripert VI 204; de Page I 52.

dann beachtlich, wenn der Gegner des Getäuschten sie kannte,¹⁾ nach deutschem Recht auch, wenn er sie kennen mußte, § 123 Abs.2 BGB. Da der Willensmangel aber unabhängig davon, wer getäuscht hat, in jedem Fall besteht, ist diese Einschränkung sachlich kaum gerechtfertigt. Sie soll daher der Reform des cciv zum Opfer fallen.²⁾ Bei nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen im deutschen Recht, bei einseitigen actes juridiques und bei donations im französischen Recht ist es schon nach geltendem Recht gleichgültig, von wem die Täuschung ausgeht.³⁾

- c) Sanktion der beachtlichen arglistigen Täuschung ist die Anfechtbarkeit der Willenserklärung und damit des Rechtsgeschäfts, § 123 Abs.1 BGB. Der dol hat die nullité relative des acte zur Folge,⁴⁾ art.1117 cciv. Da die arglistige Täuschung und der dol regelmäßig eine unerlaubte Handlung sind, hat der Getäuschte gegen den Täuschenden auch einen Schadensersatzanspruch, im deutschen Recht aus culpa in contrahendo oder gem.§ 826 BGB oder § 823 Abs.2 BGB mit § 263 StGB, im französischen Recht aus art.1382 cciv. Der Schadensersatzanspruch ist unabhängig von der Anfechtung und kann daher neben dieser oder statt ihr geltend gemacht werden.⁵⁾

1) Aubry-Rau IV § 343 bis, 3; meist wird der Dritte dann "complice" der täuschenden Partei sein, Planiol-Ripert VI 204.

2) art.16 du projet, Travaux 1947/8 S.341.

3) Planiol-Ripert VI 204; Morandière II 664; de Page I 52; Aubry-Rau IV § 343 bis Anm.26.

4) unstreitig z.B. Carbonnier II.103.

5) Enneccerus-Nipperdey § 176, RGR Komm.§ 123 Anm.36 f; Windscheid a.a.O. S.250/1; Planiol-Ripert VI 208; art.17 du projet, Travaux 1947/8 S. 341.

6. Die rechtswidrige Drohung und la violence.

Auch durch Erregung von Furcht kann der Wille so beeinflußt werden, daß er kein freier mehr ist. Die Furcht ist dann der entscheidende Beweggrund der Willenserklärung. In ihrem Bestreben, die Willensfreiheit zu erhalten, berücksichtigen das deutsche und französische Recht die Furcht als Willensmangel. Während das deutsche Recht in § 123 Abs.1 BGB nur sagt, daß die Drohung rechtswidrig sein müsse, enthalten art.1111 - 1114 cciv eine teilweise abweichende Regelung.

- a) Als Mittel zur Erregung der Furcht kennt das deutsche Recht nur die Drohung, d.h. die Ankündigung eines vom Willen des Drohenden abhängigen Übels für den Fall, daß eine bestimmte Willenserklärung nicht abgegeben wird.¹⁾ Das französische Recht versteht unter violence einen durch Gewalt oder Drohung mit einem beträchtlichen Übel auf den Willen ausgeübten Zwang (*contrainte physique ou morale*).²⁾ Da mit Gewalt aber nicht die *vis absoluta*, sondern nur die *vis compulsiva* gemeint ist,³⁾ besteht insofern kein Unterschied zum deutschen Recht; denn die *vis compulsiva* ist nur eine besonders krasse Art der Drohung. Dagegen verlangt das deutsche Recht nicht wie das französische, daß das ange drohte Übel ein beträchtliches sein müsse und zwar für die Person des Bedrohten, ihm nahestehender Personen⁴⁾ oder sein bzw. deren Vermögen.⁵⁾ Dagegen braucht das Übel kein

1) Lehmann § 34 IV 2 a; Enneccerus-Nipperdey § 173 I 1/2.

2) Morandiére II 661; Planiol-Ripert VI 191; Planiol I 277; Aubry-Rau IV § 343 bis, 2.

3) Planiol-Ripert VI 191.

4) art.1113 ist nicht erschöpfend, de Page I 61.

5) art.1112 Abs.1, Planiol-Ripert VI 191; de Page I 60; Carbonnier II 104.

gegenwärtiges zu sein,¹⁾ es darf nur nicht zu entfernt sein.²⁾ Das Übel muß jedenfalls derart sein, daß es auf eine vernünftige Person Eindruck machen kann, wobei jedoch die zumutbare Widerstandskraft nach dem Einzelfall bemessen wird, art. 1112 Abs.2, der Abs.1 überwiegt.³⁾ Der Reformentwurf⁴⁾ behält von diesen Erfordernissen nur noch das der Beträchtlichkeit des angedrohten Übels bei.

An die subjektive Seite sind dieselben Anforderungen zu stellen wie bei der Täuschung, also Vorsatz bezüglich der Drohung und die Absicht, den Bedrohten zur Abgabe der Willenserklärung zu veranlassen.⁵⁾

Die Drohung muß nach deutschem und französischem Recht ursächlich für die Abgabe der Willenserklärung sein.⁶⁾ Da aber bei Drohung mit einem geringfügigen oder ferne liegenden Übel die Kausalität im deutschen Recht in der Regel zu verneinen sein dürfte,⁷⁾ ergibt sich hieraus eine Annäherung des deutschen und französischen Rechts. Dieses verlangt, wie beim dol, auch für die violence volle Kausalität für die Abgabe, nicht nur den Inhalt der Willenserklärung (vis incidens),⁸⁾

1) art.1112 ist ungenau, die Furcht muß gegenwärtig sein; de Page I 60; Aubry-Rau IV § 343 bis Anm.11.

2) Planiol-Ripert VI 191.

3) Planiol-Ripert VI 192; Carbonnier II 104.

4) art.14 du projet, Travaux 1947/8 S.340.

5) RGR Komm.§ 123 Anm.19; Lehmann § 34 IV 3 d; von Tuhr II 1 S.609; Aubry-Rau IV § 343 bis, 2; Carbonnier II 104.

6) Lehmann § 34 IV 2 b; Enneccerus-Nipperdey § 173 I 3; Planiol-Ripert VI 191.

7) Enneccerus-Nipperdey § 173 I 4; Palandt Komm.§ 123 Anm.3 a.

8) de Page I 60; Crome aaO S.267.

die sich nur in Schadensersatz, d.h. praktisch in réduction der Leistung auswirkt. Die Person des Drohenden ist im deutschen und französischen Recht, anders als bei der Täuschung, gleichgültig; es kann also auch ein unbeteiligter Dritter die Drohung ausgesprochen haben.¹⁾

- b) Im deutschen und französischen Recht wird nur die rechtswidrige Drohung als Willensmangel anerkannt,²⁾ obwohl auch eine rechtmäßige Drohung die Willensfreiheit ausschließt. Rechtswidrig ist eine Drohung dann, wenn entweder das angedrohte Übel unzulässig ist, oder wenn der mit einer zulässigen Drohung erstrebte Erfolg rechtswidrig ist, wenn also Mittel oder Zweck, erst recht natürlich, wenn beide widerrechtlich sind. Aber auch wenn beide an sich zulässig sind, kann ihre Verbindung, wenigstens nach deutscher Auffassung³⁾, widerrechtlich sein. Normalerweise ist jedoch die Drohung mit der Ausübung eines Rechts keine rechtswidrige Drohung.⁴⁾ Ein Sonderfall fehlender Rechtswidrigkeit ist im französischen Recht die sog. crainte révérencielle, art. 1114 cciv, d.h. die Geltendmachung des natürlichen Übergewichts der Eltern und Vorgesetzten gegenüber Kindern und Untergebenen. Ein durch diese Subordination beeinflusstes Rechtsgeschäft ist nicht mangelhaft, wenn nicht eine besondere Einschüchterung vorlag.⁵⁾ Dasselbe dürfte unausgesprochen auch im deutschen Recht zutreffen.

1) Enneccerus-Nipperdey § 173 III; Planiol-Ripert VI 194; Morandière II 664; de Page I 62; Aubry-Rau IV § 343 bis, 1.
2) Enneccerus-Nipperdey § 173 II; Lehmann § 34 IV 2 c; Planiol-Ripert VI 196; Morandière II 664.
3) Lehmann § 34 IV 2 c.
4) vgl. art. 15 du projet, Travaux 1947/8 S.340.
5) Morandière II, 661; Aubry-Rau IV § 343 bis, 2; de Page I 60, 4.

Im deutschen Recht ist es neuerdings strittig, ob der Drohende das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gehabt haben muß. Bedeutet das objektive Erfordernis der Rechtswidrigkeit schon eine starke Einschränkung des Willensmangels, so würde die Notwendigkeit einer subjektiven Rechtswidrigkeit vollends aus dem Rahmen des § 123 BGB, der ja den Bedrohten schützen soll, fallen. Sie ist daher abzulehnen.¹⁾ Im französischen Recht spielt sie keine Rolle.

c) Die rechtswidrige Drohung hat die Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge, § 123 Abs.1 BGB. Sanktion der violence ist die nullité relative, art.1111, 1117 cciv.²⁾ Für die Schadensersatzpflicht gilt dasselbe wie bei der arglistigen Täuschung; hier kann das fehlende Bewußtsein der Rechtswidrigkeit als Schuldausschließungsgrund von Bedeutung sein.

d) Im Ergebnis zeigt sich also, daß Täuschung und Drohung zwar grundsätzlich Willensmängel zur Folge haben, daß sie jedoch deren Bereich teilweise verlassen und in den Bereich der Rechtswidrigkeit hinüberspielen.

Die Behandlung des Willens und seiner Mängel ist damit abgeschlossen. Die im französischen Recht im Anschluß an *erreuer*, *dol* und *violence* geregelte *lésion* gehört nicht nach deutscher und teilweise auch nach französischer Ansicht nicht zu den Willensmängeln, sondern ist eine Frage der Rechtmäßigkeit des Rechtsgeschäfts.³⁾

1) Enneccerus-Nipperdey § 173 II 3 und Anm.24; Lehmann § 34 IV 2 d; a.A. BGHZ 25, 223 gegen RGZ 104, 80 und 108, 104.

2) unstr., vgl. Carbonnier II 104.

3) Carbonnier II 102, 104, 121.

Teil b) Die äußere Seite der Willenserklärung: die Erklärung.

Der innere Wille genügt nicht zur Hervorbringung eines Rechtserfolgs, da er rechtlich nicht faßbar ist. Dies wird auch im französischen Recht zugegeben.¹⁾ Rechtlich bedeutsam ist daher in beiden Rechtsordnungen nur der geäußerte Wille, la volonté manifestée.

1. Für die Äußerung des rechtsgeschäftlichen Willens gilt im deutschen und französischen Recht, wie in allen modernen Rechtsordnungen, der Grundsatz der Formfreiheit.²⁾ Die Einhaltung einer bestimmten äußeren Form ist also für die Willenserklärung im allgemeinen nicht erforderlich. Die französische Lehre spricht häufig vom Prinzip des "consensualisme" im Gegensatz zum "formalisme".³⁾ Jedes Verhalten, das sich als Äußerung eines rechtsgeschäftlichen Willens darstellt oder auf das Vorliegen eines solchen Willens schließen läßt, kann somit Erklärung sein.⁴⁾

- a) Die Erklärung wird in der Regel ausdrücklich sein, une manifestation expresse. Im deutschen und französischen Recht ist umstritten, wann eine Erklärung ausdrücklich ist. Eine objektive Auffassung⁵⁾ stellt darauf ab, ob die Erklärung

1) Planiol-Ripert VI 99; Morandière II 624; Capitant 236; Planiol II 969.

2) Lehmann § 31 III; von Tuhr II 1 S.496; Oertmann Komm.Anm.9 c vor § 104; Colin-Capitant I 56; Aubry-Rau IV § 306 u. 343, 3. Carbonnier II 124; Planiol I 285.

3) Planiol-Ripert VI 95; Morandière II 616; Laborde-Lacoste I 211.

4) Enneccerus-Nipperdey § 145 A 2; Oertmann Komm.Anm.9 d vor § 104; Titze "Rechtsgeschäft" 2.

5) Lehmann § 30 II 2; RGR Komm.Anm.3 vor § 116; Aubry-Rau IV § 343, 3; Planiol-Ripert VI 105; Bonnecase II 392.

durch objektiv unzweideutige Erklärungsmittel, insbes. Worte, Schrift, vereinbarte Gesten, erfolgt. Eine subjektive Auffassung¹⁾ geht davon aus, ob die Erklärung in erster Linie den Zweck hat, den Willen zu äußern; statt ausdrücklich sagt diese Auffassung genauer direkte bzw. unmittelbare Erklärung, manifestation directe. In der deutschen Lehre wird z.T. die Auffassung vertreten, daß nur eine direkte, mit Kundgabezweck erfolgte Willensäußerung eine Willenserklärung im eigentlichen Sinne ist.²⁾ Dies mag dem Sinn des Wortes Erklärung genauer entsprechen und im französischen Recht wird der Ausdruck déclaration de volonté, wenn überhaupt, nur in diesem Sinne verwendet.³⁾ Doch macht das BGB diese Unterscheidung nicht.⁴⁾ Auch wird die Auffassung vertreten, daß nur Äußerungen mit verkehrsüblichen Mitteln, also ausdrückliche im Sinne der objektiven Theorie, Willenserklärungen sind.⁵⁾ Auch diese Einschränkung entspricht nicht dem BGB.

- b) Die Erklärung kann vielmehr auch stillschweigend sein, une manifestation tacite.⁶⁾ Auch hierbei finden sich wieder die Unterschiede der objektiven und subjektiven Theorien im

1) Enneccerus-Nipperdey § 153 II; Morandière II 625; Carbonnier II 97.
2) Lehmann § 24 IV 1; von Tuhr II 1 S.404 im Anschluß an Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft.
3) Carbonnier II 97.
4) Staudinger Komm.Anm.3 c vor § 116.
5) Staudinger, Anm.2 i vor § 104, 3 vor § 116.
6) Oertmann Komm.Anm. 9 d vor § 104; Titze "Rechtsgeschäft" 3; Breton "consentement", 21; Capitant 236; Planiol-Ripert VI 104, 105; so auch art.5 du projet, Travaux 1947/8 S.339.

deutschen und französischen Recht. Nach ersterer ist eine Erklärung stillschweigend, wenn sie durch mehrdeutige, auslegungsbedürftige Erklärungsmittel geäußert wird, nach letzterer, wenn die Äußerung ohne Kundgabezweck erfolgt (manifestation indirecte, mittelbare Erklärung), der Wille aber aus dem Verhalten geschlossen werden kann. In der deutschen Lehre wird die Willensäußerung ohne Kundgabezweck häufig als Willensbetätigung oder Willensgeschäft bezeichnet; deren Abgrenzung von der stillschweigenden Willenserklärung kann dann nur dadurch erfolgen, daß man letztere dann als Unterart der Willenserklärung mit Kundgabezweck unter Anwendung der objektiven Theorie ansieht.¹⁾ Aber auch diese stillschweigende Willenserklärung wird von Coing²⁾ nicht als Willenserklärung angesehen, sondern nur wie eine solche gewertet. Die praktische Bedeutung dieser Theorien ist angesichts der weiten Bedeutung, die das BGB dem Begriff der Erklärung beimißt, denkbar gering.³⁾

Aus § 164 Abs.1 Satz 2 BGB läßt sich entnehmen, daß stillschweigend eine Erklärung ist, die sich nur aus den Umständen ergibt. Es müssen also Fakten vorliegen, aus denen der Wille gefolgert werden kann und muß, das sog. konkludente Verhalten. Ausdrücklich ist dann eine Erklärung, wenn der Wille unmittelbar in der Äußerung selbst zum Ausdruck kommt. In diesem Fall wird der Äußerung stets ein Kundgabezweck zugrunde liegen, während er im ersteren Fall auch fehlen kann. Entscheidend ist aber nicht eine Kundgebungsab-

-
- 1) so Lehmann § 30 II, während für von Tuhr II 1 S.404 beide dasselbe sind.
- 2) Staudinger, Anm.2 i vor § 104.
- 3) von Tuhr II 1 S.408 f hält bei Willensbetätigung z.T. Anfechtung für unnötig; reine Willenstheorie!

sicht, sondern nur der rechtsgeschäftliche Wille mit seinen verschiedenen Teilen.

- c) Das Schweigen, le silence, ist im deutschen und französischen Recht grundsätzlich keine Erklärung;¹⁾ denn bei ihm liegt, anders als bei der stillschweigenden Erklärung, regelmäßig nichts vor, aus dem auf einen bestimmten rechtsgeschäftlichen Willen geschlossen werden kann. Ausnahmsweise aber kann das Schweigen nach der Verkehrssitte ein schlüssiges Verhalten sein, dann nämlich, wenn der Schweigende hätte reden müssen, um einen abweichenden Willen kundzutun.²⁾ Das französische Recht spricht dann von einem silence circonstantié. Hauptfälle sind in beiden Rechtsordnungen die Annahme eines Vertragsangebots unter Parteien, die schon in Geschäftsbeziehungen stehen, ferner § 362 HGB, dessen entsprechende Anwendung für das französische Recht befürwortet wird³⁾, und, im französischen Recht,⁴⁾ das Schweigen auf Klauseln in Fakturen, art. 109 ccom, während im deutschen Recht dasselbe für Bestätigungsschreiben gilt.

In allen diesen Fällen liegen echte Willenserklärungen nur dann vor, wenn dem schlüssigen Schweigen auch ein rechtsgeschäftlicher Wille entspricht,⁵⁾ das Schweigen also bewußt,

-
- 1) Lehmann § 30 III 1; Enneccerus-Nipperdey § 153 III; von Tuhr II 1 S.420; Staudinger Komm.Anm.5 vor § 116; Colin-Capitant II 43; Aubry-Rau IV § 343 Anm.20; Planiol-Ripert VI 108/9; Carbonnier II 97; Morandière II 636; im französischen Recht wird das Problem nur an seinem Hauptanwendungsfall, der Vertragsannahme, *acceptation*, behandelt.
- 2) vgl. art. 6 Abs.3 du projet, Travaux 1948/9 S.705.
- 3) Morandière II 638.
- 4) Morandière II 638, anders im deutschen Recht, Lehmann § 30 III 1.
- 5) Enneccerus-Nipperdey § 153 III, Lehmann § 30 III 2; von Tuhr II 1 S.420.

in Kenntnis seiner rechtlichen Bedeutsamkeit und in Billigung seiner konkreten Bedeutung. Fehlt es daran, so müßte das angenommene Rechtsgeschäft nichtig bzw. anfechtbar sein; doch geht das deutsche, und wohl auch das französische Recht, in den genannten Hauptfällen jedenfalls über den Mangel des Geschäftswillens hinweg. Es handelt sich dann um unechte, fingierte Willenserklärungen.

- d) Das deutsche Recht kennt den Begriff der empfangsbedürftigen Willenserklärung, d.h. einer Erklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist (z.B. §§ 116 S.2, 117 Abs.1, 123 Abs. 2, 130 Abs.1 BGB). Vom Standpunkt des BGB aus die Ausnahme, scheint sie praktisch die Regel zu sein, da die meisten Willenserklärungen an einen bestimmten Adressaten gerichtet sind, nur wenige an unbestimmte oder die Allgemeinheit.¹⁾ Wie sich aber aus § 151 S.1 BGB ergibt, muß die Erklärung auch bei bestimmten Adressaten nicht unbedingt empfangsbedürftig sein, und dies zwar dann, wenn es sich um stillschweigende Erklärungen handelt. Nur eine ausdrückliche Erklärung kann daher empfangsbedürftig sein²⁾, und ist es regelmäßig, wenn sie an einen bestimmten Adressaten gerichtet ist. Die empfangsbedürftige Erklärung wird erst in dem Zeitpunkt wirksam, in dem sie dem Empfänger zugeht, § 130 Abs.1 S.1 BGB, der entsprechend für Erklärungen unter Anwesenden gilt.³⁾ Das deutsche Recht hat sich also unter den vier Theorien des gemeinen Rechts (Äußerungs-, Entäußerungs-, Empfangs- und Vernehmungstheorie) für die Empfangstheorie entschieden, die in der Regel, bei mündlichen Erklärungen immer, mit der Ver-

1) Lehmann § 25 I 1.

2) von Tuhr II 1 S.427.

3) Lehmann § 32 III; Oertmann Komm. § 130 Anm.4 a.

nehmungstheorie zu demselben Ergebnis kommen wird. Nicht-empfangsbedürftige Erklärungen sind dagegen schon mit ihrer Äußerung wirksam.¹⁾

Dem französischen Recht ist der Begriff der empfangsbedürftigen Willenserklärung fremd. Die Frage des Wirksamwerdens von Willenserklärungen wird nur beim *contrat entre absents* behandelt. Da der *cciv* in dieser Frage völlig schweigt,²⁾ ist es nicht verwunderlich, daß Lehre und Rechtsprechung gespalten sind. Auch im französischen Recht werden vier Theorien vertreten (*théories de la déclaration, expédition, réception ou information*)³⁾. Während für den Vertragsantrag, *l'offre*, die *réception* überwiegend als Zeitpunkt der Wirksamkeit angesehen wird,⁴⁾ wird für die Vertragsannahme, *l'acceptation*, teils die *déclaration* oder *expédition*⁵⁾, teils die *réception* oder *information* als maßgeblich erachtet. Die Rechtsprechung und mit ihr die h.L. stellt auf den Parteiwillen im Einzelfall ab (*Tatfrage*).⁶⁾ Danach wird es darauf ankommen, ob die Annahme ausdrücklich erklärt werden muß oder auch stillschweigend erklärt werden kann; ersterenfalls wird der Zeitpunkt der *information* bzw. der *réception*, letzterenfalls der der *manifestation de l'acceptation* entscheiden.⁷⁾ Da also bei Antrag und ausdrücklicher Annahme

1) Lehmann § 32 I.

2) art. 932 Abs. 1, der nur für die *donation* gilt, scheint auf den Zeitpunkt der *information* abzustellen, ist aber mehr Formvorschrift.

3) Planiol-Ripert VI 158; Breton "*consentement*" 65 ff; Morandière II 640.

4) Planiol-Ripert VI 131.

5) Aubry-Rau IV § 343; Colin-Capitant II 48; Req. 21 mars 1932, DP 1933. 1.65.

6) Planiol-Ripert VI 159; Breton "*consentement*" 67, 68 ff.

7) Planiol-Ripert VI 159 u. 137.

nach französischem Recht nicht die Abgabe der Erklärung, sondern erst deren Zugang die Wirksamkeit zur Folge hat, wird man wohl auch für das französische Recht davon ausgehen können, daß allgemein eine ausdrückliche manifestation de volonté in der Regel empfangsbedürftig ist. In der Tat sprechen Planiol-Ripert verschiedentlich von dem Grundsatz "qu'une déclaration de volonté adressée à une personne ne produit d'effet que lorsqu'elle a été reçue par cette personne".¹⁾ Stillschweigende Erklärungen und ausnahmsweise etwa nicht empfangsbedürftige ausdrückliche (z.B. offre publique de récompense)²⁾ sind als Regelfall schon mit ihrer manifestation als wirksam anzusehen.

2. Die Mangelhaftigkeit der Erklärung kann in verschiedenen Formen auftreten.

a) Fehlt eine Erklärung, eine manifestation, überhaupt, so kann man von einer Willenserklärung und damit einem Rechtsgeschäft nicht sprechen, man muß also inexistence³⁾, ein Nichtrechtsgeschäft annehmen. Diese Hypothese spielt weder im deutschen noch im französischen Recht eine Rolle, da in einem solchen Fall fast immer schon der Schein eines Rechtsgeschäfts fehlt. Sie ist aber denkbar bei einem Schweigen, dem jemand unberechtigterweise eine bejahende Bedeutung beimißt, silence non circonscrit.

b) Liegt eine Willensäußerung zwar vor, ist sie aber nicht schlüssig, undeutlich, unverständlich oder widerspruchsvoll,

¹⁾ VI 137, 126 ("Les déclarations de volontés..., lorsqu'elles sont ou doivent être expresse, ... ne produisent leur effet qu'au moment où elles parviennent au destinataire.").

²⁾ Planiol-Ripert VI 143.

³⁾ ähnlich Morandière II 751.

was z.B. bei einem verstümmelten Telegramm vorkommen kann; so muß man die Willenserklärung und damit das Rechtsgeschäft als nichtig, absolutement nul , ansehen,¹⁾ wenn überhaupt der Schein eines Rechtsgeschäfts gegeben ist. Auch dieser Fall ist dem deutschen und französischen Recht nicht geläufig, die Lösung ergibt sich aber aus der Natur der Sache, zur Not aus § 125 BGB analog.

- c) Daß Gesetz begnügt sich häufig nicht mit einer stillschweigenden Willenserklärung, sondern fordert eine ausdrückliche Erklärung.²⁾ BGB §§ 244 Abs.1, 700 Abs.2; HGB §§ 22 Abs.1, 24 Abs.2; cciv artt.621, 843, 927, 932, 1197, 1202, 1250 Abs.1, 1275, 1392, 1440, 1574, 1695, 1772, 1907 Abs.2, 1988 Abs.2, 2015, 2054. Eine nur stillschweigende Erklärung ist damit unbeachtlich, doch ist fraglich, ob sie unwirksam oder nur unbeweisbar ist. Für das deutsche Recht muß man aus § 700 Abs.2 entnehmen, daß die Ausdrücklichkeit für die Gültigkeit der Erklärung und damit des Rechtsgeschäfts erforderlich ist, eine stillschweigende Erklärung demgemäß nichtig ist; dasselbe Ergebnis ergibt eine analoge Anwendung von § 125 BGB. Im französischen Recht dagegen ist die Behandlung der oben aufgezählten Fälle nicht einheitlich.³⁾ Teils hat das Fehlen der Ausdrücklichkeit nullité absolue zur Folge,⁴⁾ teils wirkt es sich im Prozeß dahin aus, daß die Erklärung nicht bewiesen werden kann.⁵⁾ Im Ergebnis läuft das nahezu auf dasselbe hinaus.

1) Isay, a.a.O. S.52; von Tuhr II 1 S.417 spricht von Unwirksamkeit; dieser Begriff ist aber für von Tuhr mit Nichtigkeit identisch, vgl. II 1 S.275. Relative Unwirksamkeit ist jedenfalls nicht gemeint.

2) von Tuhr II 1 S.416; Planiol-Ripert VI 105; Morandière II 625; Car-bonnier II 97.

3) Bonnecase II 387.

4) so wohl Aubry-Rau IV § 343, 3 und Anm.23.

5) wie dies schon für die Fälle der Schriftform gilt, Planiol-Ripert VI 110.

- d) Eine empfangsbedürftige Erklärung, die noch nicht zugegangen ist, ist schwebend unwirksam, arg.e. § 130 Abs.1 S.1 BGB. Geht sie zu, so wird sie wirksam, wenn auch ohne Rückwirkung. Bleibt der Zugang aus, so wird die Erklärung endgültig absolut unwirksam. Der Zugang ist also Wirksamkeitsvoraussetzung der Willenserklärung und damit evtl. des Rechtsgeschäfts. Die Gültigkeit der Erklärung ist dagegen vom Zugang unabhängig, für sie ist der Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung allein maßgebend, arg.e. § 130 Abs.2 BGB. Für das französische Recht gilt dasselbe. Da der terminus technicus "inefficace" den französischen Autoren nicht geläufig ist, finden sich Umschreibungen wie "comme inexistante" oder "non avenu".¹⁾

¹⁾ Planiol-Ripert VI 126, 157.

2. Kapitel: Der Rechtserfolg, l'objet.

1. Definitionsgemäß ist jedes Rechtsgeschäft auf die Herbeiführung einer konkreten Rechtswirkung gerichtet; ein Rechtsgeschäft, das seine Rechtswirkung nicht hervorbringt, ist mangelhaft und unwirksam. Ein bestimmter Rechtserfolg gehört also zu jedem Rechtsgeschäft, nicht freilich als eingetretener Rechtserfolg, sondern als angestrebter. Es ist daher angebracht, den Rechtserfolg in diesem Sinne als eigenen Bestandteil des Begriffs Rechtsgeschäft zu behandeln.
 - a) Im deutschen Recht ist dies allerdings nicht üblich. Für das BGB ist das Rechtsgeschäft mit der Willenserklärung identisch, der Rechtserfolg fällt ihm daher, wie sich aus § 116 S.1 ergibt, als das "Erklärte" mit der Erklärung zusammen. Das ist aber ungenau; denn der Rechtserfolg tritt zwar als Folge der Erklärung ein, ist aber nicht deshalb dasselbe. Die Erklärung ist die Äußerung des Erklärungswillens, der Rechtserfolg aber ist das Gegenstück des Geschäftswillens; dieser bezieht sich auf ihn und soll sich mit ihm decken. Besser ist schon die Ansicht, die den Rechtserfolg mit dem Inhalt der Erklärung oder des Rechtsgeschäfts gleichsetzt,¹⁾ wie dies das BGB in § 119 Abs.1, erste Alternative zu tun scheint. Aber genau ist auch das nicht; denn der Rechtserfolg ergibt sich zwar aus dem Inhalt der Erklärung oder, beim Vertrag, der übereinstimmenden Erklärungen, aber nicht allein aus ihm. Er kann sich mehr oder weniger auch aus dem Gesetz oder Geschäftsbedingungen ergeben. Die Identifizierung sollte daher vermieden werden. Gelegentlich wird im Zusammenhang mit dem Rechtserfolg vom Gegenstand des

¹⁾ Lehmann § 29, wohl auch von Tuhr II 1 S.106; Jacobi AcP 86, 61.

Rechtsgeschäfts, insbes. des Vertrags gesprochen.¹⁾ Auch das ist aber ungenau. Richtig ist, daß sich der Rechtserfolg sehr häufig auf einen Gegenstand, d.h. eine Sache oder ein Recht²⁾ bezieht, der sich, konkret gesehen, geradezu als Objekt des Rechtsgeschäfts darstellt, so daß der Rechtserfolg erst auf den Gegenstand bezogen plastisch und verständlich wird. Auch betreffen die meisten Regeln über den Rechtserfolg direkt oder indirekt auch den konkreten Gegenstand. Da aber ein Rechtsgeschäft sich auch lediglich auf eine Person beziehen kann,³⁾ ist eine Gleichsetzung von Rechtserfolg und Gegenstand ungenau, wenn auch praktisch unschädlich.

- b) Im französischen Recht ist der Begriff objet doppeldeutig, ähnlich wie das Verhältnis Rechtserfolg-Gegenstand im deutschen Recht. Der cciv fordert in art.1108 für den Vertrag ein objet certain qui forme la matière de l'engagement. Nach art. 1126 hat jeder contrat als objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire. Danach scheint der cciv unter objet eine Sache zu verstehen. Die Formulierung ist aber erkennbar unglücklich.⁴⁾ Gemeint ist, daß objet entweder die Verpflichtung zur Übergabe einer Sache, zu einem Tun oder Unterlassen ist.⁵⁾ Dies ergibt sich auch aus art.1127, wonach auch der Gebrauch oder Besitz einer Sache objet eines contrat sein kann. Objet be-

1) RGR Komm.Anm.1 vor § 145; auch das BGB in § 119 Abs.2.

2) Palandt Komm. § 90 Anm.3.

3) z.B. Ehemehliebung.

4) Morandière II 687.

5) Planiol II 997; Morandière II 687; Carbonnier II 107.

deutet also beim contrat die obligation und damit einen Rechtserfolg.¹⁾ Die obligation ihrerseits hat als objet eine positive Leistung, une prestation, oder eine negative Leistung, une abstention.²⁾ Diese wiederum beziehen sich auf bestimmte Gegenstände, die ebenfalls objet genannt werden, so in art.1128 ff cciv. Es ist also im Einzelfall zu prüfen, ob der Begriff objet konkret als Gegenstand oder abstrakt als Rechtserfolg gemeint ist. In beiden Bedeutungen wird der Begriff auch von der französischen Lehre verwendet, wenn auch nicht immer bewußt. Auch für das französische Recht gilt, daß der acte juridique schlechthin nur das objet im Sinne von Rechtswirkung hat. Davon geht auch der Reformentwurf aus.³⁾ In der Regel bezieht sich der Rechtserfolg auf einen bestimmten Gegenstand (une chose)⁴⁾, der dann das objet im konkreten Sinne ist. Die Regeln über das objet betreffen durchwegs sowohl das abstrakte als auch das konkrete objet, so daß die verbreitete Gleichsetzung praktisch ungefährlich ist.

2. Der Rechtserfolg, l'objet, ist bei jedem Rechtsgeschäft verschieden. Er kann schuldrechtlich, sachenrechtlich, familienrechtlich, erbrechtlich usw. sein, kann in der Begründung, Übertragung, Änderung oder Beendigung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses bestehen, kann einfach oder komplex sein usw. Eine Behandlung aller Rechtserfolge ist im Rahmen der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre nicht möglich, sie bildet den besonderen Teil des bürgerlichen

1) Der cciv berücksichtigt nur schuldrechtliche Rechtswirkungen. Daneben kennt das französische Recht natürlich auch andere Rechtswirkungen, Aubry-Rau IV § 340.

2) Boulanger "contrats et conventions", 60. Aubry-Rau IV § 344; Morandière II 690; de Page I 88; Planiol-Ripert VI 218.

3) Houin in Travaux 1948/9 S.666, vgl. auch art.36 ff a.a.O. S.707, wo vom objet als von les effets recherchés die Rede ist.

4) Morandière II 688.

Rechts, das sich mit den einzelnen Rechtsinstituten befaßt. Wenig bedeutsam ist die Feststellung, daß der Rechtserfolg durch die sog. *essentialia, naturalia et accidentalia negotii* bestimmt wird.¹⁾ Erstere müssen, letztere können in der Erklärung zum Ausdruck gebracht werden; die *naturalia* ergeben sich dagegen aus dem Gesetz, der Verkehrssitte, allgemeinen Geschäftsbedingungen etc, vgl. art. 1135 cciv.

3. Allgemeine Regeln über den Rechtserfolg, l'objet, gibt es nur wenige.

- a) Selbstverständlich ist, daß überhaupt ein Rechtserfolg angestrebt werden muß. Würde es schon daran fehlen, so läge ein Nichtrechtsgeschäft vor. Auch im französischen Recht ist ein *acte sans objet inexistant*.²⁾ Der Rechtserfolg braucht aber nicht in der Gegenwart liegen, er kann sehr wohl auch ein zukünftiger sein, art. 1130 Abs. 1 cciv.³⁾ Er kann auch ein nur bedingter sein.⁴⁾ Nicht anders im deutschen Recht.
- b) Der Rechtserfolg muß bestimmt oder zumindest bestimmbar sein,⁵⁾ wobei letzteres insbesondere bei Gattungsschulden⁶⁾ und den Fällen der §§ 315 ff BGB genügt. Als Folge der Unbestimmtheit und Unbestimmbarkeit muß für das deutsche Recht mangels gesetzlicher

1) Enneccerus-Nipperdey § 189, von Tuhr II 1 S. 194 ff; Aubry-Rau IV § 342.
2) Zachariae § 325; Aubry-Rau IV § 344; Carbonnier II 107.
3) Planiol-Ripert VI 223, art. 37 Abs. 1 du projet, Travaux 1948/9 S. 707.
4) Morandière II 692.
5) Enneccerus-Nipperdey § 189 I; Lehmann § 29 I; Morandière II 693; Boulanger "contrats et conventions" 62 f; Carbonnier II 108, art. 36 bis du projet, Travaux 1948/9 S. 707.
6) Planiol-Ripert VI 220.

Regelung aus der Natur der Sache die Inexistenz des Rechtsgeschäfts, also ein Nichtrechtsgeschäft angenommen werden.¹⁾ Im französischen Recht wird wohl überwiegend ebenfalls inexistence,²⁾ teils aber auch nullité absolue angenommen.³⁾ De Page⁴⁾ nimmt sogar nur nullité relative an, da kein öffentliches Interesse an der Geltendmachung des Mangels bestehe; doch kann man sich ein mit unbestimmbarem Inhalt zustandegekommenes Rechtsgeschäft nicht vorstellen.

- c) Im französischen Recht wird oft verlangt, daß das objet für den Autor des Rechtsgeschäfts nützlich sein müsse⁵⁾, das objet wird z.T. geradezu als utilité subjective de l'acte juridique bezeichnet.⁶⁾ Zwar soll ein materieller Nutzen nicht nötig sein, vielmehr soll ein ideeller Nutzen genügen⁷⁾; dieses Erfordernis ist jedoch abzulehnen. Ob ein Rechtsgeschäft seinem Autor nützt oder nicht, ist eine Frage, die mit der Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts nichts zu tun haben darf. Es wäre unerträglich, wenn jemand sein Rechtsgeschäft nur deshalb nicht gelten zu lassen bräuchte, weil es sich herausstellt, daß es für ihn nutzlos ist. Ausnahmsweise, etwa wenn die erstrebte Rechtswirkung schon eingetreten war⁸⁾, mag dieses Erfordernis ein billiges Ergebnis haben; dann liegt aber zugleich Unmöglichkeit vor. Im deutschen Recht spielt das Kriterium des Nutzens zu Recht keine Rolle.

1) vgl. Palandt Komm. § 241 Anm. 2 b.

2) Aubry-Rau IV § 344

3) Morandière II 754; Carbonnier II 107.

4) I 89.

5) Planiol-Ripert VI 221; de Page I 87; Carbonnier II 107.

6) de Page I 83 u. 87.

7) Morandière II 693, anders aber Aubry-Rau IV § 344.

8) so art. 36 Abs. 1 du projet, Travaux 1948/9 S. 707.

d) Für das deutsche und französische Recht gilt das Erfordernis, daß der Rechtserfolg, l'objet, möglich sein muß.¹⁾ Die Unmöglichkeit kann tatsächlich oder rechtlich, ursprünglich oder nachträglich, objektiv (absolut) oder subjektiv (relativ), vorübergehend oder dauernd sein. Bedeutung für die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts hat nur die ursprüngliche und objektive dauernde Unmöglichkeit tatsächlicher oder rechtlicher Art, während die nachträgliche, die vorübergehende und die auf eine bestimmte Person beschränkte Unmöglichkeit nur schuldrechtliche Auswirkungen hat.²⁾ Folge der ursprünglichen, absoluten tatsächlichen Unmöglichkeit ist im deutschen Recht die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts. § 306 BGB spricht dies zwar nur für schuldrechtliche Verträge aus, doch ist kein Grund ersichtlich, warum die Rechtsfolge für andere Rechtsgeschäfte verschieden sein sollte. § 307 BGB dürfte nur auf Verträge passen. Im französischen Recht wird als Rechtsfolge der impossibilité teils inexistence,³⁾ überwiegend nullité absolue⁴⁾, von de Page⁵⁾ wiederum nullité relative angenommen. Richtig dürfte die nullité absolue sein, da die Unmöglichkeit einerseits das Zustandekommen des Rechtsgeschäfts nicht hindert, andererseits nicht nur eine bestimmte Person denkbar ist, die sich auf die Ungültigkeit sollte berufen können.

Rechtliche Unmöglichkeit liegt vor, wenn Rechtswirkungen angestrebt werden, die das Recht nicht kennt oder nicht zuläßt, z.B.

-
- 1) Enneccerus-Nipperdey § 189 I; Lehmann § 29 II; Boulanger "contrats et conventions", 67 f; Planiol-Ripert VI 219; de Page I 89; Carbonnier II 108.
- 2) Palandt Komm. § 306 Anm. 1; Morandière II 693; art. 36 Abs. 2 du projet Travaux 1948/9 S. 707.
- 3) Aubry-Rau IV § 344 u. Anm. 5.
- 4) Morandière II 754; Carbonnier II 107, so auch art. 1601 Abs. 1 cciv beim Untergang der verkauften Sache.
- 5) I 89.

die Annahme an Bruders Statt, die Abtretung eines Nießbrauchs.¹⁾ Art. 1128 cciv, der nur solche Gegenständen qui sont dans le commerce, als mögliche objets anerkennt, gehört ursprünglich ebenfalls in den Bereich der rechtlichen Unmöglichkeit. Rechtsfolge der rechtlichen Unmöglichkeit ist die Nichtigkeit, § 306 BGB und zahlreiche Einzelvorschriften, z.B. §§ 310, 312 BGB. Im französischen Recht tritt bei Rechtsgeschäften über objets, die hors du commerce sind, nach h.M. nullité absolue ein.²⁾

Im Einzelfall ist es oft schwierig, die Fälle der rechtlichen Unmöglichkeit von den Fällen zu unterscheiden, in denen ein Rechtsgeschäft wegen Gesetzesverstoß nichtig ist. Da nicht nur die Rechtsfolge, die Nichtigkeit bzw. nullité absolue in beiden Gruppen von Fällen dieselbe ist, sondern auch der eigentliche Rechtsgrund, die Schranke des Gesetzes, erscheint es gerechtfertigt, die rechtliche Unmöglichkeit als Fall der Rechtswidrigkeit anzusehen und sie in deren Rahmen mitzubehandeln.³⁾

-
- 1) Lehmann § 29 II; Enneccerus-Nipperdey § 190 I 1; von Tuhr II 1 S. 277, mit vielen Beispielen.
- 2) z.B. Carbonnier II 107/8; a.A. lediglich Aubry-Rau IV § 344 u. Anm. 15, die inexistence annehmen, dies aber auch bei Rechtswidrigkeit tun, z.B. § 345 für art. 1131.
- 3) Ebbecke, Gruchot 63, 204 betont die Verwandtschaft beider Kategorien. Niboyet, Travaux 1948/9 S. 669 setzt beide Kategorien gleich.

3. Kapitel: Die Rechtmäßigkeit, la licéité.

1. Das Rechtsgeschäft ist den Rechtssubjekten als Mittel zur Verwirklichung ihrer privatrechtlichen Ziele zur Verfügung gestellt. Es darf und soll Rechtserfolge erzeugen, da es der Rechtsordnung unmöglich ist, die zahllosen Rechtswirkungen, die das Leben erforderlich macht, selbst durch Gesetze herbeizuführen. Das Rechtsgeschäft ist also gewissermaßen ein Stellvertreter des Gesetzes, eine Auffassung, die zwar nicht dem deutschen, wohl aber dem französischen Recht geläufig ist und in art.1134 cciv ihren Niederschlag gefunden hat. Von diesem Standpunkt aus wird ohne weiteres klar, daß das Rechtsgeschäft innerhalb der Rechtsordnung bleiben muß und die vom Gesetz gezogenen Schranken bei Strafe seiner Nichtanerkennung nicht überschreiten darf.¹⁾

Die Rechtmäßigkeit ist daher ein notwendiges Erfordernis eines jeden Rechtsgeschäfts. Da das Rechtsgeschäft aber, im Gegensatz zu den Delikten, zu der Gruppe derjenigen juristischen Handlungen gehört, die a priori als rechtmäßig anzusehen sind,²⁾ ist es unnötig, die Rechtmäßigkeit als positives Element des Rechtsgeschäfts zu postulieren;³⁾ es genügt vielmehr, ihr Gegenteil, die Rechtswidrigkeit, als negatives Erfordernis herauszustellen. Die Rechtmäßigkeit ist also die Regel, sie braucht nicht eigens dargetan zu werden. Die Rechtswidrigkeit ist die Ausnahme, die nicht gegeben sein darf. Die Rechtswidrigkeit ist ein Mangel des Rechtsgeschäfts.

1) ähnlich von Tuhr II 1 S.106.

2) Lehmann § 20 V; von Tuhr II 1 S.105; Enneccerus-Nipperdey § 137 IV.

3) so aber Carbonnier II 115, der von "civisme" spricht.

2. Die Rechtsordnung, in deren Rahmen sich die Rechtsgeschäfte halten müssen, besteht nicht nur aus dem positiven Recht mit seinen Geboten und Verboten, sondern auch aus den ungeschriebenen Gesetzen der Moral und der öffentlichen Ordnung, die das notwendigerweise lückenhafte Gesetzesrecht ergänzen müssen.

a) Im deutschen Recht kommt das Erfordernis der Rechtmäßigkeit neben zahlreichen Einzelbestimmungen hauptsächlich in den Generalklauseln der §§ 134 und 138 Abs.1 BGB zum Ausdruck. Danach ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, grundsätzlich, ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, immer nichtig.¹⁾ Die öffentliche Ordnung tritt im deutschen Recht nicht eigens hervor. Sie war in § 106 des 1. Entwurfs zwar neben den guten Sitten vorgesehen, wurde aber dann als überflüssig gestrichen.²⁾ Dies ist zu bedauern, weil infolgedessen der Begriff der guten Sitten unangemessen weit ausgedehnt werden mußte.³⁾

b) Das französische Recht enthält eine ähnliche Generalklausel in art. 6 cciv. Danach kann man durch Verträge gesetzliche Bestimmungen, die den ordre public oder die guten Sitten betreffen, nicht derogieren. In art. 1131/1133 bestimmt der cciv, daß eine obligation, deren cause durch Gesetz verboten ist oder den guten Sitten oder dem ordre public widerspricht, keine Wirkung haben kann. Darüberhinaus fordert der cciv in art. 900 und 1172 für Bedingungen, in art. 686 für Servituten, in art. 1387 für Eheverträge, in art. 1833 für Gesellschaften und in art. 2040

1) § 135/6 BGB mit ihrer relativen Unwirksamkeit gehören nicht hierher, sie sind Verfügungsbeschränkungen.

2) Motive I S.211; Protokolle I S.124.

3) von Tuhr II 1 S.182; Enneccerus-Nipperdey § 191 Anm.6.

für Vergleiche, der cproc civ in art.1004 für Schiedsverträge, daß diese nicht gegen das Gesetz bzw. den ordre public bzw. die guten Sitten verstoßen dürfen. Alle diese mehr oder weniger speziellen Bestimmungen sind Ausfluß des allgemeinen Grundsatzes, daß kein acte juridique gegen zwingendes Recht, gute Sitten oder ordre public verstoßen darf.¹⁾ Auch der Reformentwurf regelt das Erfordernis der Rechtmäßigkeit im Abschnitt über die Rechtsgeschäfte schlechthin.²⁾ Eigenartigerweise sieht er, entgegengesetzt den Redaktoren des BGB, die bonnes moeurs als Unterfall des ordre public an.

Rechtsfolge der Rechtswidrigkeit ist im französischen Recht die nullité absolue.³⁾ Nur Aubry-Rau sprechen von inexistence,⁴⁾ meinen aber wohl dasselbe.

3. Die Fälle der Rechtswidrigkeit.

- a) Rechtsgeschäfte sind nichtig, wenn sie versuchen, zwingendes Recht zu derogieren;⁵⁾ im französischen Recht spricht man von lois qui intéressent l'ordre public.⁶⁾ Dazu gehört überwiegend das öffentliche Recht, insbesondere die Vorschriften über die staatliche Organisation, das Beamtentum, das Geld- und Finanzwesen, die Berufe mit öffentlichrechtlichem Einschlag wie Notare, Anwälte, Ärzte, Apotheker.⁷⁾ Aber auch weite Bereiche

1) Malaurie "ordre public", 16; Boulanger "contrats et conventions" 77/78.

2) art.35 und 41 du projet, Travaux 1947/8 S.344, 1948/9 S.707.

3) Morandière II 755; Planiol-Ripert VI 225; de Page I 90; Carbonnier II 116; Maury "cause" 158.

4) IV § 345 u. Anm.17.

5) Enneccerus-Nipperdey § 190 II; Lehmann § 24 II 1, 2.

6) Planiol-Ripert VI 226; Morandière II 698 f; Carbonnier II 115.

7) Planiol-Ripert VI 235 ff; Malaurie "ordre public" 29 ff; Planiol I 291.

des Privatrechts sind zwingend und unabdingbar, d'ordre public.¹⁾ So das Namensrecht, der Personenstand, Rechts- und Geschäftsfähigkeit, im Familienrecht die Ehwirkungen, die elterliche Gewalt, die Unterhaltspflicht. Ferner alle Vorschriften zum Schutz des Rechtsverkehrs und Dritter, wie die Publizität. Schließlich im Sachenrecht und Erbrecht der numerus clausus der Rechtsinstitute. Auf all diesen Rechtsgebieten sind die Rechtsgeschäfte streng typisiert, soweit sie überhaupt zulässig sind. Wegen dieses Typenzwangs hat es das Gesetz nicht für nötig gehalten, die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften hier eigens auszusprechen, sie ergibt sich als selbstverständlich aus dem Sinn dieser Gesetze.

- b) Aber auch im Bereich des Vermögensrechts, insbes. des Schuldrechts, der Domäne des Rechtsgeschäfts, und soweit Rechtsgeschäfte sonst zugelassen sind, zieht die Rechtsordnung Schranken und läßt bestimmte Rechtsgeschäfte nicht zu. Das BGB verwendet, wenn es dies tut, häufig die Ausdrucksweise "kann nicht", "ist nicht übertragbar" oder erklärt das Rechtsgeschäft ausdrücklich für nichtig, ohne daß jedes nichtige Rechtsgeschäft verboten wäre, es kann auch rechtlich unmöglich oder unvollkommen sein.²⁾ Beispiele: §§ 137, 225, 248, 276 Abs.2, 310, 312, 399, 400, 443, 533, 619, 723 Abs.3, 746 Abs.3, 795 Abs.3, 925 Abs.2, 1106, 1110, 1136, 1149, 1195, 1229, 1250, 1274 Abs.2, 1614, 1714 Abs.2, 1724, 1742, 1947, 2040, 2180, 2302, 2382 Abs.2 BGB. Auch der cciv erklärt häufig Rechtsgeschäfte für nul oder verwendet die Ausdrücke "ne peut", "non valable", "non obligatoire" oder "sans effet", um solche Schranken zu setzen;³⁾ denn

1) Malaurie "ordre public", 71 ff; Planiol-Ripert VI 91, 243 f; Planiol I 292; von Tuhr II 1 S.177 ff.

2) Enneccerus-Nipperdey § 190 II; Lehmann § 29 III 1; RGR Komm. § 134 Anm.10; Staudinger Komm. Anm.33 u. 34 vor § 104, § 134 Anm.8.

3) Windscheid a.a.O. S.2 ff; Planiol I 289.

die nullité tritt nicht nur in den vom Gesetz eigens hervor-
gehobenen Fällen ein (nullité expresse ou textuelle), son-
dern kann sich auch aus dem Sinn des Gesetzes ergeben (nulli-
té tacite ou virtuelle)¹⁾. Beispiele artt.144, 146, 161, 307,
346, 472, 794, 815, 896, 903, 910, 911, 943, 965, 1021, 1097
f, 1227, 1388, 1395, 1429 f, 1443, 1451, 1453, 1521, 1543,
1595, 1596 f, 1600, 1628, 1674, 1811, 1819, 1828, 1855, 1970,
2055 f, 2078, 2088, 2129, 2132 cciv. Doch ist die Nomenkla-
tur des cciv nicht so präzise wie die des BGB. Die nullité
in diesen Fällen ist überwiegend absolue, in einzelnen, nicht
den ordre public, sondern nur die Interessen bestimmter Per-
sonen schützenden Fällen z.B. art.1599 cciv, nur relative.²⁾
Auch im cciv liegt öfters nicht so sehr Rechtswidrigkeit als
rechtliche Unmöglichkeit des Geschäfts vor. Eine besondere
Bedeutung in diesem Zusammenhang beansprucht im französischen
Recht das grundsätzliche Verbot der Rechtsgeschäfte über zu-
künftige Nachlässe, artt.1130, 1389, 791, 1600 cciv, das wei-
ter geht als das Verbot des § 312 Abs.1 BGB.³⁾ Die nullité ist
hier stets absolue.

- c) Rechtsgeschäfte, denen ein öffentlich-rechtliches Verbot ent-
gegensteht, sind im Zweifel ebenfalls nichtig.⁴⁾ In Frage kom-
men Verbote der Verfassung, z.B. Art.3 Abs.3, 12 Abs.2 GG, des
Verwaltungsrechts, z.B. § 10 GewO, § 15 GgWB, § 414 RVO, oder

1) Ponsard "nullité" 24; Planiol-Ripert VI 195; Colin-Capitant I 66;
de Page I 96 und II 785; Bonnecase III 5; Planiol I 336/7; art.47
du projet, Travaux 1947/8 S.344.

2) Ponsard "nullité", 60; Dalloz "nullité" 10, 11.

3) Boulanger "pactes sur succession future"; Planiol-Ripert VI 246 f;
Morandiéfe II 701 f; Aubry-Rau IV § 344.

4) Enneccerus-Nipperdey § 190 I; RGR Komm.§ 134 Anm.11 ff.

des Strafrechts, z.B. § 169, 288 StGB, § 14 WiStG. Dies sind die Fälle, die § 134 BGB hauptsächlich im Auge hat,¹⁾ da für die Fälle der vorhergehenden Gruppen die Heranziehung dieser Bestimmung an sich gar nicht nötig ist. Gerade bei dieser Gruppe von Fällen ist die Nichtigkeit aber praktisch die Ausnahme.²⁾ Der Gesetzesverstoß kann als mögliche Sanktion auch nur die Bestrafung des Autors des Rechtsgeschäfts haben, sog. *lex minus quam perfecta*;³⁾ dies ist bei den meisten Verboten, die in Strafbestimmungen zum Ausdruck kommen, der Fall, z.B. § 253, 263 StGB. Bei den verwaltungsrechtlichen Verboten mit Erlaubnisvorbehalt ist häufig nur schwebende Unwirksamkeit die Folge.⁴⁾ Im französischen Recht ist ebenfalls anerkannt, daß nicht jedes gesetzliche Verbot die nullité des Rechtsgeschäfts zur Folge hat, sondern daß auch nur Strafe eintreten kann.⁵⁾ Je nach dem Zweck des Verbotes kann aber auch, wie im deutschen Recht, die nullité absolue des acte die Folge sein.⁶⁾

- d) Rechtsgeschäfte, die ein gesetzliches Verbot umgehen, können, aber müssen nicht ebenfalls nichtig sein. Das deutsche Recht stellt auf den Zweck des umgangenen Verbotes ab. Ergibt die Auslegung, daß das Gesetz nicht nur eine bestimmte Geschäftsart oder -form bekämpfen, sondern einen bestimmten Rechtser-

1) Motive I S.210.

2) Enneccerus-Nipperdey § 190 II 1.

3) Lehmann § 29 III 3.

4) O.Lange AcP 152, 244; Enneccerus-Nipperdey § 190 II 3.

5) Aubry-Rau I § 37.

6) Planiol-Ripert VI 235; Malaurie "ordre public" 65.

folg überhaupt verhindern will, so ist auch das Umgehungs-
geschäft nichtig.¹⁾ Auf die Kenntnis der Parteien vom Verbotsge-
setz oder deren Umgehungsabsicht kommt es nicht an.²⁾ Im fran-
zösischen Recht dagegen ist das Umgehungsgeschäft nur dann
rechtswidrig, wenn die Parteien in fraudem legis handelten,
d.h. mit Umgehungsabsicht. Nach der Maxime fraus omnia
corrumpit ist das Umgehungsgeschäft dann absolut nul.³⁾

- e) Rechtsgeschäfte sind nach deutschem und französischem Recht
rechtswidrig, wenn sie gegen die guten Sitten, les bonnes
moeurs, verstoßen. Unter guten Sitten versteht das deutsche
Recht das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden,⁴⁾
das französische Recht die Gewohnheitsmoral aller anständigen
Menschen.⁵⁾ In beiden Rechtsordnungen wird nicht auf die, mög-
licherweise schlechte Durchschnittsmoral im allgemeinen und
auch nicht auf die, möglicherweise tatsächlich nicht üblichen
Postulate einer hohen Ethik abgestellt, sondern auf die allen
anständigen Menschen gemeinsame Rechtsmoral.⁶⁾ Ist der Begriff
der guten Sitten im deutschen und französischen Recht also the-
oretisch derselbe, so ist ihre rechtliche Bedeutung im fran-
zösischen Recht doch nicht so groß wie im deutschen. Nach fran-
zösischer Auffassung sind die bonnes moeurs ein Teil des ordre

1) Enneccerus-Nipperdey § 190 III; Lehmann § 29 III 4; von Tuhr II 2
S.7; Staudinger Komm. § 117 Anm.21.

2) von Tuhr II 2 S.8.

3) Carbonnier II 116, 118; Planiol-Ripert VI 346.

4) Lehmann § 29 IV 1.

5) Carbonnier II 116; de Page I 92.

6) Enneccerus-Nipperdey § 191 I 1; Lehmann § 29 I 1; Planiol-Ripert VI
229.

public¹⁾, nämlich dessen moralischer Aspekt. Nach deutscher Auffassung stehen öffentliche Ordnung und gute Sitten theoretisch zwar gleichberechtigt nebeneinander²⁾, praktisch aber ist, als Folge der Eliminierung der öffentlichen Ordnung aus § 138 BGB, dieser Begriff in dem der guten Sitten aufgegangen.

- α) Gegen den ordre public bzw. die guten Sitten verstoßen Rechtsgeschäfte, die die Integrität der menschlichen Person verletzen, also das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die Gesundheit.³⁾ Weiter Rechtsgeschäfte, die die persönliche oder wirtschaftliche Freiheit des einzelnen übermäßig einengen, sog. Knebelungsverträge, insbes. zu weitgehende Wettbewerbsverbote.⁴⁾ Ein Beispiel ist der lebenslängliche Arbeitsvertrag, den art. 1780 cciv eigens verbietet.
- β) Sittenwidrig sind in beiden Rechtsordnungen Rechtsgeschäfte, die gegen die Ehe und Familienordnung verstoßen oder die Unzucht fördern oder ausnützen, also insbes. das Bordell- und Konkubinenwesen.⁵⁾ Die Rechtsprechung hierzu ist in beiden Rechten sehr reichhaltig und in Einzelheiten nicht immer gleichartig. So ist z.B. im französischen Recht eine Schenkung an eine Konkubine anlässlich der Beendigung

1) Planiol-Ripert VI 228; Morandière II 700.

2) von Tuhr II 1 S.182.

3) Malaurie "ordre public" 71 ff.

4) Lehmann § 29 IV 3 b; von Tuhr II 2 S.36 f; Planiol-Ripert VI 242; Morandière II 613, 698.

5) Lehmann § 29 IV 3 a; Gorphe "bonnes moeurs" 16 ff; Planiol-Ripert VI 231 f.

der Beziehung nicht unsittlich, wohl aber gewöhnlich im deutschen Recht.¹⁾ Eine französische Besonderheit ist die Sittenwidrigkeit der Schenkung an Ehebruchskinder.²⁾ Auch Rechtsgeschäfte, die das Glücksspiel fördern oder ausnützen, sind in beiden Rechten sittenwidrig.³⁾

γ) Im französischen und deutschen Recht sind ferner solche Rechtsgeschäfte unsittlich, die ein Verhalten, das auf freier Entscheidung beruhen muß oder selbstverständlich ist, durch rechtliche Bindung oder Belohnung beeinflussen, z.B. Eingehung einer Ehe oder Ehelosigkeit, Religionswechsel, Vertragstreue, Nichtbegehung von Verbrechen, Tätigkeit von Beamten, Kundenempfehlung bei freien Berufen u.ä.⁴⁾

δ) Unsittlich sind ferner in beiden Rechtsordnungen Rechtsgeschäfte, die eine Schädigung eines Dritten, eines bestimmten Personenkreises oder der Allgemeinheit bezwecken, wie die Verleitung zum Vertragsbruch, Vereitelung von Unterhaltsansprüchen, die Gläubigerbenachteiligung, das pactum de non licitando, die Schaffung einer Monopolstellung u.ä.⁵⁾ Der claque-Vertrag ist nach der neueren französischen Rechtsprechung nicht mehr unsittlich.⁶⁾

ε) Eine wichtige Gruppe der unsittlichen Rechtsgeschäfte sind

1) Morandière II 742; Palandt, Komm. § 138 Anm. 5 b, ee.

2) Morandière II 742; Carbonnier II 111.

3) Enneccerus-Nipperdey § 191 IV; Planiol-Ripert VI 233; Morandière II 700.

4) Lehmann § 29 IV 3 b c; Planiol-Ripert VI 234; Gorphe "bonnes moeurs" 43 ff.

5) Lehmann § 29 IV 3 e; Maury "cause" 129; Planiol-Ripert VI 234; de Page I 93.

6) Aubry-Rau IV § 344 Anm. 24.

im deutschen Recht die Ausbeutungsgeschäfte. Hierzu ist immer erforderlich, daß außer einem objektiven Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung auch ein Vorwurf unsittlichen Handelns gegen den Bevorteiligten gegeben ist.¹⁾ Der Vorwurf kann in der Ausnützung der eigenen Machtstellung, z.B. eines Monopols, oder der Unterlegenheit des Benachteiligten bestehen. Hauptfall des letzteren ist der Wucher, § 138 Abs.2 BGB. Während das französische Recht in der Behandlung der übrigen Gruppen sittenwidriger Rechtsgeschäfte mit dem deutschen Recht grundsätzlich übereinstimmt und nur in Einzelheiten möglicherweise zu abweichenden Ergebnissen kommt, die hier meist unberücksichtigt bleiben mußten, liegt hier ein grundlegender Unterschied vor, der eine ausführlichere, gesonderte Darstellung verlangt.

- f) Der Wucher ist im deutschen Recht ein Sonderfall der Sittenwidrigkeit. Er liegt vor, wenn sich jemand unter Ausnützung der Notlage, des Leichtsinns oder Unerfahrenheit eines anderen von diesem für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren läßt, die den Wert seiner Leistung so sehr übersteigen, daß ein auffälliges Mißverhältnis beider besteht. Dem geltenden französischen Recht ist ein entsprechender Tatbestand unbekannt.²⁾ Es kennt zwar die Übervorteilung einer Partei durch eine andere beim Abschluß eines Rechtsgeschäfts, die sog. lésion.³⁾ Diese wird aber nur ausnahmsweise berücksichtigt, art.

1) Lehmann § 29 IV 3 d; von Tuhr II 2 S.39; Enneccerus-Nipperdey § 191 III 5 u. 192 IV.

2) Zajtay AcP 157, 491.

3) Ripert "lésion"; Planiol-Ripert VI 210 f; Morandière II 668 f; de Page I 67 f; Carbonnier II 104, 119 f.

1118 cciv; abgesehen von Minderjährigen, art. 1305 ff cciv, nur bei bestimmten Rechtsgeschäften, art. 1313 cciv, und auch da rein schematisch unter Außerachtlassung der subjektiven Seite. Beim Verkauf eines Grundstücks wird die lésion berücksichtigt, wenn sie $\frac{7}{12}$ übersteigt, art. 1674 cciv, bei der Teilung einer Erbschaft oder eines Gesellschaftsvermögens, wenn sie $\frac{1}{4}$ übersteigt, art. 887, 1078, 1872 cciv, und bei der Erbschaftsannahme in Unkenntnis eines Testaments, kraft dessen die Erbschaft um über $\frac{1}{2}$ vermindert wird, art. 783 cciv. Beim Tausch, art. 1706 cciv; und beim Kauf eines Grundstücks, art. 1683, ist die lésion eigens ausgeschlossen. Rechtsfolge der beachtlichen lésion ist die rescision, die sich von der nullité relative nur dadurch unterscheidet, daß die Annulierung bei Ausgleich des Nachteils unterbleibt.¹⁾

Die grundsätzliche Gleichgültigkeit des cciv gegenüber der wirtschaftlichen Gerechtigkeit der Rechtsgeschäfte beruht auf dem Standpunkt, daß im Rechtsverkehr unter voll Geschäftsfähigen jeder selbst zusehen könne und müsse, daß er nicht übervorteilt werde.²⁾ Die grundsätzliche Nichtberücksichtigung der lésion wurde aber im französischen Recht mehr und mehr als unerträglich empfunden und Abhilfe gesucht.³⁾ Neuere Gesetze haben verschiedentlich die lésion in weiterem Umfang berücksichtigt.⁴⁾ Im cciv selbst hat sich in dieser Frage nichts geändert. Eine analoge Anwendung der anerkannten Fälle der lésion verbot sich wegen deren unbestreitbaren Ausnahmecharakter. Der Weg über die Sittenwidrigkeit wurde nicht beschritten, wohl deshalb, weil die guten Sitten als Teil des ordre public ange-

1) Morandière II 673; Aubry-Rau IV § 333.

2) Morandière II 671.

3) Morandière II 674.

4) siehe Planiol-Ripert VI 213; Morandière II 676.

sehen werden, aber kein öffentliches Interesse daran besteht, daß der Einzelne wirtschaftlich befriedigt wird. Diese Haltung kommt auch darin zum Ausdruck, daß nullité relative, nicht nullité absolue Folge der lésion ist.

Die französische Rechtsprechung hat die Ausbeutung in verschiedener Weise bekämpft. Einmal durch weite Auslegung der Vorschriften gegen dol und violence, art. 1111 ff cciv; dieser Weg lag nahe, da der cciv die lésion im Anschluß an die Willensmängel regelt und die lésion daher im französischen Recht, wenn nicht selbst als Willensmangel, so doch als Indiz eines solchen angesehen wird.¹⁾ Bei Benachteiligung einer unerfahrenen Person wird somit häufig dol, bei Ausnützung einer bereits bestehenden Notlage einer Person zu deren Nachteil violence angenommen.²⁾ Auf diese Weise wird, wie bei § 138 Abs. 2 BGB eine Verbindung objektiver und subjektiver Merkmale zur Feststellung der Ausbeutung vorgenommen. Die Rechtsprechung hat ferner seit langem das Recht in Anspruch genommen, übermäßig hohe Honorare von Rechtsanwälten, Ärzten und anderen Beauftragten auf eine angemessene Höhe herabzusetzen, in Anlehnung an die grundsätzlich unentgeltliche Natur des Auftrags.³⁾ Auch bei wucherischen Zinsen (intérêts usuraires) wendet die Rechtsprechung diese Herabsetzung auf ein angemessenes Maß (réduction) an, wobei das 1 1/2 fache des normalen Darlehenszinses als Grenze zum Wucher gilt.⁴⁾ In ganz krassen Fällen der Übervorteilung arbeitet die Rechtsprechung schließlich mit der Vorschrift des art. 1131 über die fehlende cause, wobei eine lächerlich geringe Gegenleistung (contre

-
- 1) Morandière II 669; de Page I 68; Carbonnier II 102; ähnlich von Tuhr II 2 S. 42.
 - 2) Planiol-Ripert VI 195, 200, 214; Ripert "lésion" 23 f; Morandière II 662; de Page I 62; Zajtay AcP 157, 492.
 - 3) Planiol-Ripert VI 214; Ripert "lésion" 27; Morandière II 675.
 - 4) Carbonnier II 119.

prestation dérisoire) als nicht ausreichende cause angesehen wird.¹⁾ In diesen Fällen und denen der vorhergehenden Gruppe wird jedoch nur auf das objektive Merkmal der Übervorteilung abgestellt, während das subjektive Merkmal der Ausbeutung zwar meist vorliegen werden, aber nicht wesentlich sind.

In der französischen Lehre wird auch diese kasuistische Einschränkung des Wuchers noch als unzulänglich empfunden.²⁾ Dem trägt der Reformentwurf Rechnung, indem er im Anschluß an die Willensmängel eine dem deutschen und schweizerischen Recht nachgebildete allgemeine Ausbeutungsbestimmung vorsieht: Wenn jemand durch seine Notlage oder infolge Ausnützung seiner Verlegenheit oder Unerfahrenheit veranlaßt worden ist, ein Rechtsgeschäft vorzunehmen, das ihn offenbar übermäßig benachteiligt, so kann er die rescision dieses Rechtsgeschäfts wegen lésion verlangen.³⁾ Die lésion soll nullité relative zur Folge haben⁴⁾, die aber durch eine Leistungsergänzung zugunsten des Benachteiligten abgewendet werden kann.⁵⁾ Bemerkenswert ist, daß auch im deutschen Recht de lege ferenda ein Ersatz der Nichtigkeit durch die Anfechtbarkeit oder richterliche Umgestaltung des Geschäfts gefordert wird.⁶⁾

4. Die Anknüpfung der Rechtswidrigkeit.

Nach dem BGB genügt es, daß "das Rechtsgeschäft" gegen ein Gesetz oder die guten Sitten verstößt. Trotzdem ist es nicht gleichgültig,

-
- 1) Maury "cause" 42 f; Morandière II 739. insbes. der prix dérisoire
 - 2) Ripert "lésion" 7. beim Kauf.
 - 3) art. 18 du projet, Travaux 1947/8 S.341; der Leichtsinnsinn gilt dagegen nicht als schutzwürdig.
 - 4) art. 50 du projet, a.a.O. S.345.
 - 5) art. 68 du projet a.a.O. S.347.
 - 6) von Tuhr II 2 S.42; Enneccerus-Nipperdey § 192 Anm.20; Lehmann § 29 IV 4.

in welcher Hinsicht das Rechtsgeschäft rechtswidrig ist. Im französischen Recht wird von vornherein die Rechtswidrigkeit auf einzelne Elemente des Rechtsgeschäfts bezogen, z.B. objet hors du commerce, cause illicite.

- a) Das Rechtsgeschäft ist zunächst dann nichtig, wenn sein Rechtserfolg ungesetzlich oder unsittlich ist. Maßgebend hierfür ist auch hier der Inhalt des Rechtsgeschäfts. Das Rechtsgeschäft ist dann schon objektiv rechtswidrig. In diesem Fall ist es nicht erforderlich, daß, und ohne Bedeutung, ob der Autor des Rechtsgeschäfts das Bewußtsein der Gesetz- oder Sittenwidrigkeit seines Rechtsgeschäfts hat.¹⁾

Im französischen Recht spricht man in diesem Fall vom objet illicite ou immoral. Der cciv verlangt zwar für das objet nicht, wie für die cause, daß es licite sein müsse, art. 1108, doch ist es in der Lehre unstreitig, daß das objet nicht rechtswidrig sein darf.²⁾ Es ist dazu nicht erforderlich, den Begriff des objet hors du commerce des art. 1128 entgegen seiner ursprünglichen Bedeutung so auszuweiten, daß alle Fälle der Rechtswidrigkeit darunter fallen.³⁾ Es dürfte auch eine unnötige Konstruktion sein, bei einem gegenseitigen Vertrag die eine obligation wegen objet illicite, die der Gegenseite dann wegen cause illicite und somit dann den ganzen Vertrag als nichtig anzusehen.⁴⁾ Der Reformentwurf stellt nur auf das objet ab und vermeidet den schillernden Ausdruck cause illicite?⁵⁾

-
- 1) Enneccerus-Nipperdey § 190 II 2 a; Oertmann Komm. § 138 Anm. B 1 a.
2) Boulanger "contrats et conventions" 76; Morandière II 694; Planiol-Ripert VI 225; Carbonnier II 107; de Page I 89.
3) Planiol-Ripert VI 224; so aber Aubry-Rau IV § 344.
4) so aber die Lehre, Planiol-Ripert VI 276; Maury "cause" 117 f; Morandière II 726.
5) art. 35 du projet, Travaux 1948/9 S. 707.

Im deutschen Recht wird häufig gesondert der Fall erwähnt, daß schon der Abschluß eines Rechtsgeschäfts gegen ein Gesetz oder die guten Sitten verstößt.¹⁾ Der Abschluß eines Rechtsgeschäfts kann aber nur deshalb verboten oder sittenwidrig sein, weil sein Rechtserfolg von der Rechts- oder Sittenordnung grundsätzlich mißbilligt wird. Es liegt also nur ein besonderer Fall des Inhaltsverbots vor, der nicht anders als dieser behandelt wird.²⁾ Dem französischen Recht ist diese Unterscheidung fremd.

- b) Ein Rechtsgeschäft kann auch dann nichtig sein, wenn es objektiv zwar als rechtmäßig erscheint, sein Zweck und die Motive aber rechtswidrig sind. In Betracht kommt hier wohl nur die Sittenwidrigkeit von Zweck und Motiv, während deren Gesetzwidrigkeit, im deutschen Recht wenigstens, keine Rolle spielt; im französischen Recht ist ein gesetzwidriger Zweck beim Umgehungsgeschäft gegeben.

Wann eine subjektive Sittenwidrigkeit ein Rechtsgeschäft mangelhaft macht, ist eine Frage, die sowohl grundsätzlich als auch im Einzelfall schwer zu entscheiden ist. Die Rechtsprechung ist im deutschen und französischen Recht überaus kasuistisch und läßt klare Grundsätze vermissen.

Im deutschen Recht sah der Entwurf zum BGB vor, daß die subjektive Seite bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit ganz unberücksichtigt bleiben sollte.³⁾ Darauf hat sich der Gesetzgeber aber nicht festgelegt, ohne jedoch anzugeben, wann eine subjektive Sittenwidrigkeit beachtlich ist. Unstreitig ist, daß ein einseitiges unsittliches Motiv nicht ausreicht, ein Rechtsgeschäft unsittlich zu machen.⁴⁾ Ein gemeinsames unsittliches Mo-

1) Lehmann § 29 IV 2; Oertmann Komm. § 138 Anm. B 1 c.

2) Enneccerus-Nipperdey § 190 II behandeln beide Fälle gleich.

3) Motive I S. 211.

4) Lehmann § 29 IV 1; Enneccerus-Nipperdey § 190 II 1; von Tuhr II 1 S. 27.

tiv und mehr noch ein gemeinsamer unsittlicher Zweck beider Parteien eines Vertrages müßte dagegen genügen, um ein Rechtsgeschäft unsittlich zu machen, ebenso wie der nur einer Partei, wenn sich die Sittenwidrigkeit gegen die andere Partei richtet.¹⁾ Praktisch wird aber der Zweck und erst recht das Motiv regelmäßig verheimlicht, muß also aus den Umständen des Einzelfalls geschlossen werden. Die Rechtsprechung, der sich die Lehre angeschlossen hat, stellt deshalb auf das unsittliche Gesamtgepräge des Rechtsgeschäfts ab, wie es sich aus dem Inhalt, dem Zweck, dem Beweggrund und den Umständen ergibt.²⁾ Strittig ist, ob die am Rechtsgeschäft beteiligten Personen das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit haben müssen.³⁾ Da Sittenwidrigkeit ein Unwerturteil der Rechtsordnung über das Rechtsgeschäft ist, nicht aber über die an ihm beteiligten Personen, wird man deren Bewußtsein der Sittenwidrigkeit nicht für erforderlich halten brauchen, wenn es auch meist gegeben sein wird.

Im französischen Recht bestehen gegen die Berücksichtigung der subjektiven Sittenwidrigkeit keine Bedenken. Die Rechtsprechung, der sich die Lehre überwiegend angeschlossen hat, wendet gegen solche subjektiv sittenwidrigen Rechtsgeschäfte das Verbot der cause illicite, art. 1131, 1133 cciv an.⁴⁾ Cause wird in diesem Zusammenhang nicht im klassischen, objektiven Sinn verstanden, sondern ganz subjektiv und konkret als das entscheidende Motiv. Die cause in diesem Sinne wird auch von den

-
- 1) Enneccerus-Nipperdey § 191 II 1; Lehmann § 29 IV 2; Lange a.a.O. S. 327.
 - 2) RGR Komm. § 138 Anm.6; Enneccerus-Nipperdey § 191 II 1; Lehmann § 29 IV 2.
 - 3) dafür: Enneccerus-Nipperdey § 190 II 2 b; dagegen Lehmann § 29 IV 2; von Tuhr II 2 S.22; Lange a.a.O. S.327.
 - 4) Planiol-Ripert VI 251, 276; Maury "cause" 148 f; Carbonnier II 111.

Antikausalisten anerkannt.¹⁾ Nur vereinzelt, so von Morandière,²⁾ wird an einem einheitlichen Begriff der cause als dem Zweck (but) des Vertrags festgehalten. Morandière ist dann aber genötigt, eine Unsittlichkeit des gemeinsamen Zwecks zu verlangen,³⁾ während die h.M. auch ein einseitiges sittenwidriges Motiv grundsätzlich genügen läßt, insbesondere bei unentgeltlichen Akten.⁴⁾ Bei gegenseitigen Verträgen ist das unsittliche Motiv der einen Partei dagegen nach h.M. nur dann beachtlich, wenn es der Gegenseite bekannt oder doch erkennbar war.⁵⁾ Das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit wird im französischen Recht nicht als Problem gesehen; es muß wohl als nicht erforderlich angesehen werden.

Auch der Reformentwurf⁶⁾ läßt ein Rechtsgeschäft ungültig sein, wenn ein entscheidendes Motiv rechtswidrig war, wobei ein einseitiges Motiv grundsätzlich genügt. Nur bei entgeltlichen Verträgen verlangt er, daß beide Parteien das Motiv kennen oder kennen müssen. Bemerkenswert ist die Einschränkung, daß der entscheidende Charakter des Motivs sich aus der Natur und dem Inhalt des Geschäfts oder den Umständen seiner Entstehung ergeben müsse; denn damit wird de lege ferenda der rein subjektive Ausgangspunkt verlassen. Der Reformentwurf verwendet auch nicht mehr den mehrdeutigen Ausdruck cause illicite, sondern den sachlich genaueren motif.

1) de Page II 476.

2) II 735 f.

3) II 741.

4) Maury "cause" 160 f; Planiol-Ripert VI 278; Carbonnier II 111.

5) Maury "cause" 152 f; Carbonnier II 111, 114.

6) art. 41 du projet, Travaux 1947/8 S.344.

4. Kapitel: Rechtsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit, la capacité.

Das Rechtsgeschäft ist seinem Wesen nach ein den Rechtssubjekten von der Rechtsordnung zur Verfügung gestelltes Mittel zur Verwirklichung ihrer privatrechtlichen Ziele.¹⁾ Daraus ergibt sich, daß jedes Rechtsgeschäft von einem Rechtssubjekt ausgehen muß, und zwar von einem Rechtssubjekt, das in der Lage ist, privatrechtliche Ziele zu verfolgen. Darin liegt ein weiteres, viertes Erfordernis eines jeden Rechtsgeschäfts.

1. Im deutschen Recht fehlt eine einheitliche Bezeichnung für dieses Erfordernis. Die Eigenschaft, Rechtssubjekt zu sein, wird als Rechtsfähigkeit bezeichnet, die Fähigkeit, privatrechtliche Ziele zu verfolgen, als Geschäftsfähigkeit. Im französischen Recht dagegen umfaßt der Begriff capacité beide Aspekte dieses Erfordernisses. Die französische Lehre unterscheidet, ähnlich dem deutschen Recht, die capacité de jouissance als die Fähigkeit, Träger von Rechten zu sein, und die capacité d'exercice als die Fähigkeit, Rechte auszuüben und zu übertragen.²⁾ Größere Bedeutung hat im französischen Recht aber die Unterscheidung von incapacité générale und incapacité spéciale, die auch in art. 1124 cciv zum Ausdruck kommt.³⁾ Erstere besteht in der Kraft Gesetzes bestehenden grundsätzlichen Unfähigkeit einer Person, überhaupt wirksam Verträge schließen zu können; sie muß daher der Geschäftsunfähigkeit des deutschen Rechts gleichgesetzt werden, was dadurch bestätigt wird, daß die Fälle, nämlich minorité und interdiction dieselben sind. Die incapacité spéciale besteht dagegen in der Unfähigkeit,

1) Ähnlich von Tuhr II 1 S. 106; Lehmann § 24 I.

2) Colin-Capitant I 63; Planiol I 1610; Morandière II 685.

3) Planiol-Ripert VI 77; Morandière II 684.

gewisse Verträge wirksam schließen zu können. Hierher gehören nach Morandière¹⁾ einmal die Verbote, bestimmte Verträge, gleichgültig mit wem, zu schließen, was bei den mineurs émancipés und den Personen der Fall ist, die einen conseil judiciaire haben; diese Fälle gehören nach deutscher Auffassung zur beschränkten Geschäftsfähigkeit. Weiter sollen hierher aber auch die Verbote, bestimmte Verträge mit bestimmten Personen zu schließen, gehören, z.B. art. 907 - 909, 1595 - 1597 cciv,²⁾ die z.T. als Fälle der incapacité de jouissance angesehen werden.³⁾ Nach deutscher Auffassung gehören sie zu der Gruppe der unzulässigen Rechtsgeschäfte.⁴⁾ Die französische Auffassung hat aber zur Folge, daß die nullité nicht absolut, sondern relativ ist und daß im internationalen Privatrecht das Personalstatut anzuwenden ist.⁵⁾ Da der Begriff der incapacité spéciale so uneinheitlich und im französischen Recht z.T. bestritten ist⁶⁾, soll er im folgenden außer Acht gelassen werden und dafür die Systematik des deutschen Rechts befolgt werden.

2. Die Rechtsfähigkeit und ihr Mangel.

Die Rechtsfähigkeit kommt im deutschen und französischen Recht jeder natürlichen Person zu. Sie tritt im deutschen Recht schon mit der Vollendung der Geburt ein, § 1 BGB. Im französischen Recht fehlt eine generelle Bestimmung dieser Art, in art. 725 und 906 c civ wird dagegen verlangt, daß das Kind lebensfähig geboren wird, was wohl Ausdruck einer allgemeinen Regel ist. Zugunsten des nas-

1) II 684.

2) Morandière II 684; Planiol-Ripert VI 88 f.

3) de Page I 78, 2 c.

4) oben S.83

5) Planiol-Ripert VI 87.

6) Morandière II 684.

citurus, nicht aber des nondum conceptus wird in beiden Rechtsordnungen die Rechtsfähigkeit unter Umständen fingiert.¹⁾ Praktische Bedeutung hat die Rechtsfähigkeit nur bei juristischen Personen, personnes morales. Im französischen Recht ist die Gesellschaft (société), anders als im deutschen Recht, juristische Person und damit rechtsfähig.²⁾ Beide Rechtsordnungen kennen dagegen den eingetragenen und den nicht eingetragenen Verein (association déclarée ou non déclarée, art. 2 loi 1er juillet 1901)³⁾, von denen letzterer nicht rechtsfähig ist. Allerdings ist auch die Rechtsfähigkeit des eingetragenen Vereins im französischen Recht nur beschränkt, art. 6 des Gesetzes. Nicht rechtsfähig sind auch die nicht ordnungsgemäß konstituierten normalerweise rechtsfähigen juristischen Personen,⁴⁾ sofern der Mangel nicht geheilt worden ist.

Ein Rechtsgeschäft, das von einer rechtsunfähigen Person ausgeht, muß als nichtig, absolut nul, angesehen werden. Dies ist zwar nirgends ausdrücklich ausgesprochen, ergibt sich aber aus der Wesentlichkeit der Rechtsfähigkeit für jedes Rechtsgeschäft und, im deutschen Recht, zumindest aus einem argumentum a minore ad maius von § 105 Abs. 1 BGB. Die Ansicht, daß die Rechtsfähigkeit nur Rechtsbedingung des Geschäfts sei und nur die Wirksamkeit des Geschäfts betreffe⁵⁾, wird der wesentlichen Bedeutung der Rechtsfähigkeit nicht gerecht.

1) Lehmann § 56 III; de Page I 76.

2) Planiol II 1956; Colin-Capitant II 772.

3) abgedruckt in Dalloz, Code civil annoté, nach art. 1873.

4) de Page I 76.

5) Oertmann a.a.O. S. 73.

3. Die Geschäftsfähigkeit und ihr Fehlen.

Die Möglichkeit der Rechtssubjekte, Rechte selbständig zu erwerben und auszuüben, und damit gültige Rechtsgeschäfte vorzunehmen, setzt ein Mindestmaß von Fähigkeit zu durchschnittlicher Willensbildung und die normale Bestimmbarkeit durch vernünftige Beweggründe voraus.¹⁾ Das deutsche und das französische Recht halten diese Fähigkeit bei den Rechtssubjekten, die sich tatsächlich am Rechtsverkehr beteiligen, in der Regel für gegeben. Das deutsche Recht bringt dies dadurch zum Ausdruck, daß es in § 104 BGB nur sagt, wer geschäftsunfähig ist, nicht aber wer geschäftsfähig ist. Im französischen Recht sagt art 1123 cciv ausdrücklich, daß jede Person, die das Gesetz nicht für incapable erkläre, kontrahieren könne. Auch der Reformentwurf enthält eine Bestimmung dieser Art.²⁾ Die Geschäftsunfähigkeit ist also in beiden Rechtsordnungen die Ausnahme. Deshalb ist es gerechtfertigt, nicht die Geschäftsfähigkeit als positives, sondern die Geschäftsunfähigkeit als negatives Erfordernis eines jeden Rechtsgeschäfts anzusehen. Das bedeutet im deutschen Recht, daß nur die völlige Geschäftsunfähigkeit die Gültigkeit eines jeden Rechtsgeschäfts ausschließt, nicht aber die bloß beschränkte Geschäftsfähigkeit; denn die volle Geschäftsfähigkeit ist erstens nicht für jedes Rechtsgeschäft erforderlich, und zudem hat ihr Fehlen, wo sie erforderlich ist, nur Einfluß auf die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts. Nur die volle Geschäftsfähigkeit ist Rechtsbedingung, nicht aber die Geschäftsfähigkeit schlechthin.³⁾ Das BGB ist in diesem Punkt also sehr präzise. Das französische Recht ist demgegenüber weniger klar und konsequent.

1) Lehmann § 28 A I; Colin-Capitant I 63, 2.

2) art. 19 du projet, Travaux 1947/8 S.341.

3) so aber Oertmann a.a.O. S.25 und 73.

- a) Geschäftsunfähig sind im deutschen Recht Kinder, d.h. Personen, die das 7. Lebensjahr noch nicht vollendet haben § 104 Nr.1 BGB. Ihre Willenserklärungen und damit ihre Rechtsgeschäfte sind nichtig, § 105 Abs.1 BGB. Diese müssen vielmehr von bzw. gegenüber dem gesetzlichen Vertreter vorgenommen werden. Der code civil unterscheidet innerhalb der Minderjährigkeit nicht, stellt also Kinder unter 7 Jahren den fast Volljährigen unter 21 Jahren gleich. Die französische Lehre und Rechtsprechung ist sich jedoch darüber einig, daß Kinder, die noch nicht ein Alter erreicht haben, in dem sie sich über die Tragweite ihrer Handlungen klar sind, anders behandelt werden müssen, als ältere Minderjährige.¹⁾ In der Lehre spricht man z.T. von einer incapacité naturelle im Gegensatz zur incapacité légale der mineurs schlechthin.²⁾ Überwiegend nimmt man aber ein Fehlen des Willens, un défaut de consentement, an, wie bei den Bewußtlosen.³⁾ Nach beiden Anschauungen kommt es aber ganz auf den Einzelfall an, ob das erforderliche Alter erreicht ist; eine klare Altersgrenze wie im deutschen Recht gibt es nicht, was vom Standpunkt der Verkehrssicherheit aus zu bedauern ist. Auch der Reformentwurf konnte sich nicht dazu entschließen. Die Rechtsfolge des fehlenden Willens ist umstritten. Theoretisch muß man zur in-existence kommen⁴⁾, praktisch dagegen wird, insbes. von der Rechtsprechung, nullité relative angenommen.⁵⁾ Der Unterschied zu den älteren Minderjährigen besteht nur darin, daß es auf eine lésion nicht ankommt.

-
- 1) Lebrun "minorité-majorité", 32 f; Aubry-Rau IV § 343 u. Anm.2.
2) Colin-Capitant I 63, 2; Capitant 260; de Page I 78.
3) Morandière II 682; Planiol I 273; Planiol-Ripert VI 76.
4) Aubry-Rau IV § 343; Planiol I 348; für nullité absolue Morandière II 682.
5) Planiol-Ripert VI 173; de Page I 81; Boulanger "consentement" 16.

b) Geschäftsunfähig sind im deutschen Recht Geisteskranke, d.h. Personen, die sich in einem, die freie Willensbestimmung ausschließenden Dauerzustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befinden, § 104 Nr.2 BGB, wobei hochgradiger Schwachsinn der Geisteskrankheit gleichsteht. Die Willenserklärungen der Geisteskranken sind wie die der Kinder nichtig. Ob ein Rechtsgeschäft, das während eines lucidum intervallum vorgenommen wird, gültig ist, ist strittig,¹⁾ aber nach dem Sinn der Bestimmung zu bejahen. Es besteht nicht einmal eine Vermutung gegen das lucidum intervallum, so daß die Geistesstörung in jedem Fall eigens bewiesen werden muß.²⁾ § 104 Nr.2 BGB hat also gegenüber § 105 Abs.2 BGB praktisch keine besondere Bedeutung.

Im französischen Recht hat die Geisteskrankheit allein keine incapacité zur Folge.³⁾ Sie kann nur bedeuten, daß im Einzelfall, wie beim nicht unterscheidungsfähigen Kind, ein défaut de consentement vorliegt. Ein im lucidum intervallum vorgenommenes Rechtsgeschäft ist gültig, wobei auch hier nicht das lucidum intervallum, sondern die Störung bewiesen werden muß. Die Rechtslage ist also dieselbe wie im deutschen Recht, der Schutz des Kranken ist unzulänglich. Art. 504 cciv schließt zudem nach dem Tod einer Person die Berufung auf deren Geisteskrankheit grundsätzlich aus. Das französische Recht kennt aber die Internierung von Geisteskranken nach einem Gesetz vom 30. Juni 1838⁴⁾. Bei einem internierten Geisteskranken spricht

) dafür: Lehmann § 28 A II 1 und h.M., dagegen: Endemann "Geschäftsfähigkeit" S.795.

) Lehmann § 28 A II 1.

) Rodière "aliénés" 10; Capitant 266; Morandière I 1747.

) abgedruckt in Dalloz, Code civil annoté, nach art.497.

nach h.M.¹⁾ eine Vermutung für die Geistesstörung. Die Rechtsfolge der Geisteskrankheit ist, wie bei den Kindern, theoretisch inexistence, nach der Rechtsprechung und h.L. die nullité relative.²⁾ Nur bei der Ehe wird nullité absolue angenommen, art.184 cciv.³⁾

- c) Geschäftsunfähig sind im deutschen Recht Personen, die wegen Geisteskrankheit entmündigt sind, § 104 Nr.3 BGB. Auch hochgradige Geistesschwäche kann zur Entmündigung wegen Geisteskrankheit führen, ebenso wie eine leichtere Geisteskrankheit nur Entmündigung wegen Geistesschwäche zur Folge hat; es besteht nur ein gradueller Unterschied.⁴⁾ Die Rechtsgeschäfte eines solchen Entmündigten sind nichtig, § 105 Abs.1 BGB, ohne Rücksicht darauf, ob tatsächlich eine Geisteskrankheit vorlag oder ein lucidum intervallum gegeben war. Auch höchstpersönliche Rechtsgeschäfte, die der gesetzliche Vertreter nicht für den Entmündigten vornehmen kann, sind diesem selbst versagt, z.B. die Eheschließung, § 18 Abs.1 EheG, Ehelichkeitserklärung, § 1728/9 BGB, Testament § 2229 Abs.3 BGB; sie müssen daher unterbleiben.

Auch das französische Recht kennt eine Entmündigung wegen Geisteskrankheit, art.489 cciv, wenn diese oder eine Geisteschwäche so schwerwiegend ist, daß das geringere Mittel, die Bestellung eines conseil judiciaire, art.499 cciv, nicht ausreicht. Die Entmündigung hat die Geschäftsunfähigkeit des Kranken zur Folge, ohne Rücksicht auf lucida intervalla.⁵⁾

1) Planiol-Ripert VI 81; Morandière I 1758.

2) Rodière "aliénés" 88; Morandière I 1747; Planiol I 348 u. 2074; de Page I 81; Aubry-Rau IV § 343.

3) Weill "mariage" 886.

4) Lehmann § 57 III 2 a.

5) Morandière I 1732, 1750; Planiol II 1090.

Der Entmündigte steht unter Vormundschaft, art. 505 ff cciv, und wird gesetzlich vertreten, art. 450 cciv. Hier stimmt das französische Recht mit dem deutschen also grundsätzlich, nicht nur, wie zu b), im Ergebnis überein. Von den Rechtsgeschäften des Entmündigten sagt der cciv in art. 502, daß sie "nul de droit" seien. Obwohl diese Formulierung auf nullité absolue hindeutet, nimmt die Rechtsprechung, der sich die Lehre angeschlossen hat, nullité relative an; das "de droit" erklärt sie damit, daß die nullité ohne Rücksicht auf lésion eintreten müsse.¹⁾ Die Entmündigung hat im französischen Recht eine gewisse Rückwirkung, art. 503 cciv.²⁾ Dem deutschen Recht ist dies unbekannt, es hat dafür die vorläufige Vormundschaft, §§ 1906 f, 114 BGB. Im französischen Recht gibt es auch, allerdings umstrittene Ausnahmen von der Geschäftsunfähigkeit für höchstpersönliche Rechtsgeschäfte, wie die Eheschließung, die Anerkennung eines unehelichen Kindes, das Testament, wenn diese während eines lucidum intervallum stattfinden³⁾, ja sogar für die Vertretung.⁴⁾

- d) Das französische Recht kennt im Gegensatz zum deutschen Recht eine sog. interdiction légale.⁵⁾ Diese tritt als Nebenstrafe neben entehrende Hauptstrafen, art 29 code pénal. Da hier der Schutzzweck fehlt, tritt nullité absolue ein. Fraglich ist nur, ob der Entmündigte selbst sich auf die nullité berufen darf; dies könnte dem Strafzweck widersprechen und ist dann unzulässig.⁶⁾

1) Planiol-Ripert VI 80; Morandière I 1755; de Page I 78; Planiol I 2083/4.

2) Morandière I 1757.

3) Morandière I 1753; Planiol I 2079.

4) Planiol-Ripert VI 80.

5) Planiol-Ripert VI 82; Boulanger "contrats et conventions" 50 f; Planiol II 1092.

6) Ponsard "nullité" 73.

Die Erkennbarkeit der Geschäftsunfähigkeit ist, mit Ausnahme des art. 503 cciv, im deutschen und französischen Recht ohne Bedeutung. Der gute Glaube an die Geschäftsfähigkeit wird nicht geschützt.¹⁾

¹⁾ Lehmann § 28 A II 3; von Tuhr II 1 S.356.

Abschnitt B:

Der erweiterte Tatbestand besonderer Arten von
Rechtsgeschäften und seine Mängel.

Neben den für alle Rechtsgeschäfte notwendigen Elementen Willenserklärung, Rechtserfolg, Rechtmäßigkeit und Geschäftsfähigkeit, und abgesehen von den ganz verschiedenartigen Tatbestandsmerkmalen der Rechtsgeschäfte des besonderen Teils des Zivilrechts, lassen sich mehrere Arten von Rechtsgeschäften mit eigenen typischen zusätzlichen Erfordernissen unterscheiden, die wegen ihrer Eigenschaft, Gattungsbegriffe zu sein, noch zum allgemeinen Teil gehören. Während das Rechtsgeschäft schlechthin ein abstrakter Begriff ist, der in Wirklichkeit kaum vorkommt¹⁾, stellen die folgenden Rechtsgeschäftsarten Begriffe dar, die praktisch und auch theoretisch die größte Bedeutung haben.

1. Kapitel: Die Verträge.

Die Verträge sind im deutschen und französischen Recht die wichtigsten Rechtsgeschäfte und überwiegen an Zahl und Bedeutung die anderen Rechtsgeschäfte, die nicht Verträge sind, bei weitem. Im französischen Recht steht der Vertrag auch theoretisch durchaus im Vordergrund. Der code civil regelt überhaupt nur den Vertrag, nicht das Rechtsgeschäft, und auch in der neueren Lehre, die den acte juridique kennt und überwiegend als Oberbegriff anerkennt, spielt der Vertrag die Hauptrolle. Von ihm aus wurde die allgemeine Rechtsgeschäftslehre

1) z.B. die Aneignung.

entwickelt, die ihn betreffenden Regeln werden auf das Rechtsgeschäft im allgemeinen analog angewendet.¹⁾

1. Das Wesen des Vertrags.

Der Vertrag ist ein Rechtsgeschäft, dessen Rechtserfolg durch die übereinstimmenden Willenserklärungen mehrerer einander gegenüberstehender Personen bestimmt wird.²⁾ Dieser Vertragsbegriff ist dem deutschen und französischen Recht gemeinsam. Im französischen Recht werden allerdings zwei Begriffe verwendet: convention und contrat. Genau genommen entspricht nur convention dem obigen allgemeinen Vertragsbegriff, während contrat ein Vertrag ist, der Obligationen erzeugt, art.1101 cciv, also eine Unterart.³⁾ Gegensatz zum contrat wäre dann ein Vertrag, der Obligationen aufhebt, z.B. die Erfüllung, le payement, nicht dagegen ein dinglicher Vertrag; das französische Recht unterscheidet nicht zwischen schuldrechtlichen und dinglichen Verträgen, sondern läßt beide Wirkungen als Folge ein und desselben contrat eintreten.⁴⁾ Gewöhnlich werden die Begriffe convention und contrat jedoch synonym gebraucht⁵⁾, auch vom code civil, z.B. in art.1108. Der Reformentwurf identifiziert beide Begriffe ebenfalls:⁶⁾ "Le contrat ou convention est un acte juridique résultant de l'accord de deux ou plusieurs personnes."

Das Wesentliche des Vertrages ist die Einigung der Parteien, der Konsens. Im französischen Recht ist der entsprechende Begriff con-

1) Aubry-Rau IV § 306; Zachariae § 286.

2) ähnlich RGR Komm Anm.1 vor § 145; Lehmann § 25 I 2 a; Capitant 232, Planiol II 944; Colin-Capitant I 54; Aubry-Rau IV § 340; Planiol-Ripert VI 126.

3) Zachariae § 320; Aubry-Rau IV § 340; Boulanger "contrats et conventions", 1; Colin-Capitant I 54.

4) Windscheid a.a.O. S.323 f; Zachariae § 120.

5) Capitant 232; Aubry-Rau IV § 340 Anm.4; Hébraud "acte", 32.

6) art.1 du projet, Travaux 1948/9 S.704.

sentement mehrdeutig. Teils wird er in der Bedeutung Konsens verwendet¹⁾, überwiegend aber in der Bedeutung Wille einer Partei, wie in art. 1108 cciv.²⁾ Da letztere Bedeutung technisch ist, empfiehlt es sich, consentement nur in diesem Sinne zu gebrauchen, für den Konsens aber concours bzw. accord des volontés zu sagen. Der Konsens erfordert im deutschen Recht eine auf einer Willensübereinstimmung beruhende Übereinstimmung der Erklärungen der Parteien.³⁾ Im französischen Recht begnügt man sich grundsätzlich mit einer Willensübereinstimmung, wenn auch anerkannt ist, daß die Willensübereinstimmung manifestiert werden muß.⁴⁾ Es wiederholt sich hier die im Grundsätzlichen zwar verschiedene, im Einzelnen aber meist übereinstimmende Haltung des deutschen und französischen Rechts zum Problem Wille - Erklärung.⁵⁾ Der Konsens als das besondere, typische Element des Vertrages ist also eigentlich kein zusätzliches Element, sondern nur die besondere Erscheinungsform des Stammelements Willenserklärung. Dieses wird beim Vertrag durch bewußtes und gewolltes Zusammenwirken der Parteien, die gemeinsam die Urheber des Rechtsgeschäfts sind, gebildet.

2. Das Zustandekommen des Vertrages.

Der Konsens und damit der Vertrag kommt durch die Übereinstimmung zweier Willenserklärungen zustande, des Antrags und der Annahme. Das deutsche Recht enthält in §§ 145 ff BGB eine ausführliche Re-

¹⁾ Morandière II 589, art 6 Abs.1 du projet, Travaux 1948/9 S.705.

²⁾ Planiol II 945; Planiol-Ripert VI 94; Breton "consentement", 1, 37.

³⁾ Enneccerus-Nipperdey § 146 II 1; Lehmann § 33 I; von Tuhr II 1 S. 480.

⁴⁾ Morandière II 590; Aubry-Rau IV § 343.2; Civ. 16 avril 1924, DH 1924, 329.

⁵⁾ oben S.24

gelung des Vertragsschlusses. Der Code civil schweigt demgegenüber völlig, so daß erst Lehre und Rechtsprechung entsprechende Regeln zu entwickeln hatten. Diese sind in mancher Hinsicht umstritten geblieben. Der Reformentwurf sieht deshalb, auf dem Boden des bestehenden Rechts, eine eingehende Regelung des Vertragsschlusses vor.¹⁾

- a) Der Antrag, l'offre ou la pollicitation, ist die zeitlich vorhergehende der beiden Willenserklärungen.²⁾ Sie besteht darin, daß der Abschluß eines ganz bestimmten Vertrages angeboten wird. Deshalb muß sie inhaltlich so vollständig und genau sein, daß der Vertrag durch einfache Zustimmung (adhésion) der anderen Partei zustande kommen kann.³⁾ Ist sie das nicht, so ist sie kein Antrag, sondern nur eine Anregung (proposition). In diesem Punkt stimmen das deutsche und französische Recht überein, doch schwächt das französische Recht den Grundsatz in verschiedener Hinsicht ab. Im deutschen Recht ist der Antrag stets empfangsbedürftige ausdrückliche Willenserklärung.⁴⁾ Das französische Recht sieht auch regelmäßig den Antrag als ausdrückliche Erklärung an,⁵⁾ doch kennt es daneben stillschweigende Angebote an einen unbestimmten Personenkreis, wenn kein intuitus personae vorliegt, d.h. wenn es auf die Person des Annehmenden nicht entscheidend ankommt; z.B. die Ausstellung von Waren mit Preisangabe, der Aushang von Speisekarten, das Freizeichen bei

-
- 1) *Projet de textes sur ... la formation des contrats*, Travaux 1948/9 S.704 f.
- 2) Enneccerus-Nipperdey § 146 II b; Lehmann § 33 I; RGR Komm. Anm. 6 vor § 145; Morandière II 627; Planiol-Ripert VI 126; letztere verwenden z.T. einen von der h.L. abweichenden Begriff des offre.
- 3) Enneccerus-Nipperdey § 161 I; Lehmann § 33 II 1; Morandière II 628, 2.
- 4) Lehmann § 33 II 2 a.
- 5) Planiol II 971.

Taxametern usw.¹⁾ Nach deutschem Recht liegt in diesen Fällen nur eine Aufforderung zu Angeboten vor,²⁾ ebenso beim Ausruf in der Versteigerung, § 156 BGB. Das französische Recht sieht auch die Auslobung als ein Angebot an die Allgemeinheit an.³⁾ Im französischen Recht kann daher eher ein Antrag vorliegen als im deutschen Recht. Zum Ausgleich dafür hat der Antrag eine geringere Bedeutung:

Im deutschen Recht ist der Antragende an sein Vertragsangebot gebunden, wenn er die Gebundenheit nicht ausgeschlossen hat, § 145 BGB. Umgekehrt ist im französischen Recht der Antrag bis zur Annahme widerruflich, wenn sich der Antragende nicht zur Aufrechterhaltung des Antrags verpflichtet hat.⁴⁾ Eine solche Verpflichtung besteht auch, wenn eine Annahmefrist gesetzt ist oder sich aus den Umständen ergibt, insbes. im Handelsverkehr,⁵⁾ entsprechend § 147 Abs.2 BGB. Der Antrag erlischt mit der Ablehnung oder mit Fristablauf, §§ 146, 148 BGB, die im französischen Recht sinngemäß ebenfalls gelten.⁶⁾ Anders als im deutschen Recht, § 153 BGB, erlischt im französischen Recht ein Antrag grundsätzlich, wenn der Antragende stirbt oder geschäftsunfähig wird.⁷⁾

b) Die Annahme, l'acceptation, ist die zeitlich nachfolgende Willenserklärung. Sie besteht darin, daß dem Angebot unein-

1) Planiol-Ripert VI 142 u. 127; Morandière II, 628; art.6 Abs.2, 7 du projet a.a.O. S.705.

2) Lehmann § 33 II 1 b.

3) Planiol-Ripert VI 143, art.12 du projet a.a.O. S.705.

4) Breton "consentement" 35, 57; Aubry-Rau IV § 343.2; Morandière II 629 f; Planiol-Ripert VI 131, art.11 du projet Travaux 1948/9 S. 705.

5) Morandière II 632.

6) Planiol-Ripert VI 134.

7) Planiol-Ripert VI 140; Breton "consentement" 51; Morandière II 632, art.10 du projet, a.a.O. S.705.

geschränkt zugestimmt wird. Eine abgeänderte Annahme bedeutet im deutschen und französischen Recht eine Ablehnung des Antrags verbunden mit einem neuen Antrag, § 150 Abs.2 BGB.¹⁾ Die Annahme muß sich auch auf den Antrag beziehen; zwei sich kreuzende, zufällig einander entsprechende Erklärungen bilden keinen Vertrag.²⁾

Die Annahme ist im deutschen Recht ebenfalls grundsätzlich empfangsbedürftige Willenserklärung.³⁾ Eine stillschweigende Annahme genügt aber nach § 151 Satz 1 BGB, wenn eine Erklärung der Annahme nach der Verkehrssitte oder dem Willen des Antragenden nicht nötig ist. Im französischen Recht gibt es in der Frage der Wirksamkeit der Annahme keine einheitliche Meinung, es werden vielmehr, wie anlässlich der Erklärung dargelegt,⁴⁾ verschiedene Theorien vertreten. Die Rechtsprechung, der sich die wohl h.L. angeschlossen hat, stellt auf den Parteiwillen im Einzelfall ab.⁵⁾ Danach dürfte, wie im deutschen Recht, in der Regel erst mit dem Zugang der Annahmeerklärung der Vertrag geschlossen sein, ausnahmsweise aber eine stillschweigende Annahme genügen. Der Reformentwurf, der eine generelle Lösung befürwortet, hat sich bei der Bestimmung von Ort und Zeit des Vertragsschlusses für die Emissionstheorie entschieden.⁶⁾ Bei der Annahmefrist stellt er dagegen auf den Zugang der Annahmeerklärung ab,⁷⁾ ohne sich anscheinend dieses

1) Planiol-Ripert VI 136, art. 8 du projet, a.a.O. S.705.

2) Lehmann § 33 I; Planiol-Ripert VI 126.

3) Lehmann § 33 III 3; Enneccerus-Nipperdey § 162 I.

4) oben S.69

5) Breton "consentement" 67; Morandière II 642.

6) art.13 du projet, Travaux 1948/9 S.706.

7) art.9 Abs.1 a.a.O. S.705.

Widerspruchs bewußt zu werden. Im deutschen Recht wird, mangels gesetzlicher Bestimmung, als Ort des Vertragsschlusses der Ort der Abgabe der Annahmeerklärung befürwortet, während als Zeitpunkt des Vertragsschlusses der Zugang der Annahmeerklärung bzw. die Betätigung der Annahme gilt.¹⁾

3. Die Mängel des Vertrages.

Der Vertrag kann infolge der komplizierten Art seines Zustandekommens besondere Mängel haben.

- a) Der Konsens kann einmal in zeitlicher Hinsicht scheitern. Das Angebot kann nicht wirksam geworden sein, weil vor ihm oder gleichzeitig mit ihm ein Widerruf zugegangen ist, § 130 Abs.1 Satz 2 BGB, bzw. zur Kenntnis genommen worden ist.²⁾ Das Angebot kann weiter vor dem Wirksamwerden der Annahme zurückgenommen worden sein oder durch Fristablauf oder Tod etc. erloschen sein. Die Annahme kann ebenfalls durch gleichzeitigen Widerruf nicht wirksam geworden sein. Kreuzen sich die Annahmeerklärung und die Antragsrücknahme, so kommt es darauf an, welche zuerst zugeht.³⁾

In allen diesen Fällen kommt der Vertrag nicht zustande, er ist inexistent. Ausnahmsweise gilt bei verspätet zugegangener Annahmeerklärung nach deutschem Recht der Vertrag als zustandekommen, wenn die Erklärung rechtzeitig abgesandt war und der Antragende die Verspätung nicht unverzüglich dem Annehmenden

1) RGR Komm. Anm.6 vor § 145.

2) Planiol-Ripert VI 131, art. 11 Abs.2 2.Halbsatz, Travaux 1948/9 S.705 im deutschen Recht str., vgl. Palandt Komm. § 130 Anm.3

3) Planiol-Ripert VI 137.

mitteilt, § 149 Abs.1 BGB. Nach dem französischen Reformentwurf kann der Antragende eine verspätete Annahme gelten lassen, wenn er dies dem Annehmenden sofort mitteilt.¹⁾ Ein Schadensersatzanspruch bei Nichtzustandekommen des Vertrags ist im deutschen Recht aus culpa in contrahendo möglich, im französischen Recht dagegen nur bei faute aus art.1382 cciv.²⁾

- b) Der Konsens kann in inhaltlicher Hinsicht scheitern, wenn eine Einigung der Parteien nicht erzielt wird. Im deutschen Recht spricht man dann von Dissens, wobei das deutsche Recht auf die Übereinstimmung der Erklärungen abstellt.³⁾ Sind sich die Parteien der Nichtübereinstimmung bewußt, sog. offener Dissens, so ist der Vertrag einfach noch nicht geschlossen. Dies gilt nach der Auslegungsregel des § 154 BGB im Zweifel auch dann, wenn über einzelne Punkte des beabsichtigten Vertrags eine Einigung schon erzielt ist, selbst wenn diese schriftlich niedergelegt worden sind. Im französischen Recht entscheidet über das Zustandekommen des Vertrags, theoretisch wenigstens, die Übereinstimmung im Willen. Der Vertrag kommt grundsätzlich erst mit völliger Einigung zustande.⁴⁾ Ist eine Einigung über die objektiv wesentlichen Punkte des Vertrags erzielt, so ist im Zweifel der Vertrag zustandegekommen, auch wenn andere Punkte noch offen sind.⁵⁾ Der Reformentwurf sieht, wie § 154 BGB, die gegenteilige Auslegungsregel vor.⁶⁾ Der Dissens ist versteckt, wenn die Parteien sich der Nichtüber-

1) art.9 Abs.2 a.a.O. S.705.

2) Breton "consentement" 61; Morandiére II 631/2; a.A. Planiol-Ripert VI 132.

3) von Tuhr II 1 S.481; Enneccerus-Nipperdey § 163 I; Lehmann § 33 IV;

4) Aubry-Rau IV § 343, art.4 Abs.1 du projet, Travaux 1948/9 S.704.

5) Planiol-Ripert VI 129, 130; Morandiére II 634; Breton "consentement" 43.

6) art.4 Abs.2 a.a.O. S.704.

einstimmung von Antrag und Annahme nicht bewußt sind, den Vertrag also irrtümlich für geschlossen halten. Im deutschen Recht liegt dieser Fall nur vor, wenn nicht nur der beiderseitige Wille, sondern auch die beiderseitigen Erklärungen sich nicht decken, insbes. weil sie objektiv mehrdeutig sind.¹⁾ Es liegt dann ein sog. Mißverständnis vor. Die Folge davon ist, daß der Vertrag nicht zustande gekommen ist.²⁾ Einzelne nehmen dagegen Nichtigkeit des Vertrags an.³⁾ Diese Meinung verdient den Vorzug, weil beim versteckten Dissens, anders als beim offenen, stets der Rechtsschein eines Vertrages besteht, ein praktischer Unterschied zu der anderen Auffassung besteht nicht.⁴⁾ Der Vertrag ist zustandegekommen bzw. gültig, wenn der Dissens sich nur auf einen Punkt bezieht, der nach dem Willen der Parteien keine wesentliche Bedeutung hat, § 155 BGB. Liegt nur ein Dissens im Willen vor, so ist der Vertrag im deutschen Recht zustandegekommen, aber anfechtbar wegen Inhaltsirrtums, § 119 Abs.1 BGB. Im französischen Recht fehlt eine Erörterung des versteckten Dissenses durchwegs. Ausgehend von dem Grundsatz, daß die Willensübereinstimmung den Vertrag ausmacht, muß ein Dissens im Willen ausreichen, den Vertrag nicht zustandekommen zu lassen. Das Mißverständnis (malentendu) führt also nach der Lehre zu einem erreur obstacle, der die inexistance bzw. nullité absolue des Vertrags zur Folge hat.⁶⁾ Nach der Rechtsprechung dürfte jedoch

-
- 1) Enneccerus-Nipperdey § 163 III 1 u.2; Oertmann Komm. § 155 Anm.1 b.
 - 2) Enneccerus-Nipperdey § 163 II; Oertmann Komm. § 155 Anm.3; RGR Komm. § 155 Anm.9.
 - 3) Lehmann § 33 IV 2; Lange a.a.O. S.302/3; RGZ 66, 24.
 - 4) unten S.239.
 - 5) Oertmann Komm. § 155 Anm.1 a.
 - 6) so Zachariae § 127 I 1; Aubry-Rau IV § 343.2 u. Anm.8, allerdings ohne den Ausdruck erreur obstacle zu verwenden.

bei Übereinstimmung der Erklärungen der Vertrag als geschlossen angesehen werden und der Dissens im Willen nur als erreur sur la substance berücksichtigt werden; denn praktisch kommt es auch im französischen Recht nur auf die Übereinstimmung der Willenserklärungen an, "le concours de deux déclarations de volonté".¹⁾ Die Rechtslage dürfte also wohl dieselbe wie im deutschen Recht sein.

Eine Schadensersatzpflicht bei verschuldetem Dissens wird im deutschen Recht aus dem Gedanken der culpa in contrahendo befürwortet.²⁾ Im französischen Recht muß bei faute ein Schadensersatz aus art.1382 cciv möglich sein.

2. Kapitel: Formale Rechtsgeschäfte.

Als Ausnahmen vom Grundsatz der Formfreiheit kennen das deutsche und französische Recht Formvorschriften für bestimmte Rechtsgeschäfte. Die Form bezieht sich eigentlich auf die Willenserklärung, ist also eine besondere Ausgestaltung der Erklärung, während die anderen Elemente des Rechtsgeschäfts von der Formvorschrift nicht berührt werden.³⁾ Auch vertraglich kann die Notwendigkeit einer Form festgelegt werden.

1. Die Arten der Formen.

- a) Das deutsche und das französische Recht kennen die Schriftform, l'acte écrit ou sous seing privé, § 126, 127 BGB, art.1322 ff cciv. Sie besteht darin, daß eine beliebig hergestellte Urkunde

1) so die Formulierung in Civ. 16 avril 1924, DH 1924, 329.

2) Lehmann § 33 IV 2; Lange a.a.O. S.250, str.

3) von Tuhr II 1 S.496; Lehmann § 31 IV.

vom Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift unterzeichnet wird.¹⁾ Der bürgerliche Name ist dazu nicht unbedingt erforderlich.²⁾ Der Vertreter darf im deutschen, nicht aber im französischen Recht mit dem Namen des Vertretenen unterzeichnen.³⁾ Auch genügt im französischen Recht nicht, wie im deutschen, statt der Unterschrift ein beglaubigtes Handzeichen.⁴⁾ Das französische Recht verlangt bei gegenseitigen Verträgen ein Original für jede Partei, art.1325, und zur Vermeidung von Mißbräuchen bei Blankounterschriften, eine ausführlichere Schriftform bei einseitigen Schuldversprechen über Geldsummen, art. 1326/7 cciv. Eine vollständige Schriftform ist im deutschen und französischen Recht für das eigenhändige Testament erforderlich, § 2247 BGB, art.970 cciv. Die gewöhnliche Schriftform ist im deutschen Recht vorgesehen u. a. für Stiftung, § 81 BGB, die Grundstücksmieta oder Pacht über ein Jahr, §§ 566, 581 BGB, die Bürgschaftserklärung § 766 BGB, und das abstrakte Schuldversprechen oder Schuldanerkennntnis, §§ 780/1 BGB.⁵⁾ Der code civil schreibt die Schriftform ausdrücklich vor für die Grundstückspacht, art.1715, den Darlehenszins, art.1907, den Vergleich, art.2044, und die Antichrese, art. 2086. Dazu kommen in beiden Rechtsordnungen die Wertpapiere.

- b) Das deutsche und französische Recht kennen die Öffentliche Beurkundung, l'acte authentique, § 128 BGB, art.1317 ff cciv.

-
- 1) Lehmann § 31 IV 1; Colin-Capitant II 440; Planiol II 60; Carbonnier II 128.
2) Lehmann § 33 IV 1; Planiol II 62.
3) Lehmann § 33 IV 1 a; Req.,20.2.1922, DP 1922.1.201.
4) § 126 Abs.1 BGB; Civ., 20.1.1897, DP 97.1.128.
5) weitere Fälle §§ 32 Abs.2, 33, 37 Abs.1, 368, 416, 761, 783, 784, 792/3, 1154, 1192, 1199 BGB.

Sie besteht darin, daß das Rechtsgeschäft von einer öffentlich dazu bestellten Person, in der Regel einem Notar, aufgenommen und beurkundet wird.¹⁾ Die näheren Bestimmungen hierüber enthält im deutschen Recht das FGG in §§ 167 ff, im französischen Recht ein mehrfach ergänztes Gesetz vom 25 ventôse XI.²⁾ Die wichtigsten Fälle der öffentlichen Beurkundung im deutschen Recht sind die Verpflichtung zur Grundstücksübereignung, § 313 BGB, das Schenkungsversprechen, § 518 BGB, die Einigung im Sachenrecht, § 873 BGB, und der Erbschafts Kauf, § 2371 BGB.³⁾ Im Code civil ist authentische Form u.a. vorgeschrieben für die Schenkung, art. 931, die vertragliche Surrogation in die Rechte des Gläubigers, art. 1250 Nr. 2, und die Bestellung einer Hypothek, art. 2127⁴⁾, daneben für die Abtretung eines Patents.⁵⁾

c) Nur im deutschen Recht gibt es die öffentliche Beglaubigung, § 129 BGB. Sie ist u.a. vorgeschrieben für die Ausschlagung einer Erbschaft, § 1945 BGB.⁶⁾

d) Das deutsche und französische Recht kennen Rechtsgeschäfte, die vor einer Behörde abgeschlossen werden müssen.⁷⁾ Hierzu ist in allen Fällen die gleichzeitige Anwesenheit aller Beteiligten erforderlich; im einzelnen bestehen noch weitere Vorschriften. Wichtigster Fall ist in beiden Rechtsordnungen die Ehe-

1) Lehmann § 31 V 3; Colin-Capitant II 439 f; Carbonnier II 129.

2) abgedruckt in Dalloz, Code civil annoté, nach art. 1317.

3) weitere Fälle §§ 311/2, 877, 880, 1492 Abs. 2, 1501, 1516 Abs. 2, 1517, 1730, 1748 Abs. 3, 2271 Abs. 1, 2282 Abs. 3, 2291 Abs. 2, 2296 Abs. 2 BGB.

4) weitere Fälle art. 154, 311, 334, 348, 358, 392, 397, 828, 954, 971, 976, 1035, 1444, 1451, 1690 cciv.

5) Planiol-Ripert VI 115.

6) weitere Fälle §§ 77, 371, 403, 412, 1154 Abs. 1, 1560, 1706 BGB.

7) Lehmann § 31 V 4.

schließung vor dem Standesbeamten, § 11 EheG, art. 75 cciv, der Ehevertrag, § 1410 BGB, art. 1394 cciv und das öffentliche Testament, § 2233 ff BGB, art. 971 f cciv. Im deutschen Recht ferner die Auflassung, § 925 BGB, die Adoption, § 1750 Abs. 2 BGB, und der Erbvertrag, § 2276 BGB.

- e) Im deutschen und französischen Recht gibt es schließlich noch die Eintragung von Rechtsgeschäften in öffentliche Bücher oder Register, was man ebenfalls als eine Art Formvorschrift ansehen kann. Beispiele sind im deutschen Recht die Eintragung von Rechtsgeschäften, die Grundstücke oder Rechte an solchen betreffen, in das Grundbuch, § 873 BGB, die Eintragung des Ehevertrags in das Güterrechtsregister, § 1412 BGB, sowie die verschiedenen in das Vereins- oder Handelsregister einzutragenden Rechtsgeschäfte, z.B. §§ 68, 70 BGB, 15, 53 HGB. Im französischen Recht gehört hierher hauptsächlich die Inskription und Transkription von Rechtsgeschäften, die Grundstücke oder Hypotheken betreffen, in das Grundregister (fichier immobilier), wofür neuerdings ein Dekret vom 4. Januar 1955 maßgebend ist.¹⁾ Diese und andere im Interesse Dritter gegebenen Formvorschriften, z.B. die Benachrichtigung des Schuldners bei der Forderungsabtretung, art. 1690 cciv, bezeichnet das französische Recht als Publizitätsformen.²⁾
- f) Im französischen Recht werden auch die sog. Ermächtigungsformen (formes habilitantes), z.B. die Zustimmung des Familienrats, als Formvorschriften behandelt. Da diese aber zu den Rechtsgeschäften nicht voll Geschäftsfähiger gehören, werden sie erst dort berücksichtigt.

1) abgedruckt in Dalloz, Code civil annoté, nach art. 2203.

2) Colin-Capitant I 57; Bonnetcase II 366 Ac; Carbonnier II 124.

2. Die Bedeutung der Formen.

- a) Die Bedeutung der Formvorschrift kann so groß sein, daß das Rechtsgeschäft ohne die Form nicht bestehen kann. Forma dat esse rei.

Im deutschen Recht hat grundsätzlich jede Formvorschrift diese Bedeutung. Nach § 125 Satz 1 BGB ist jedes Rechtsgeschäft, dem die gesetzlich vorgeschriebene Form fehlt, nichtig. Das Gesetz kennt aber Ausnahmen. So heißt die Nichtigkeit in §§ 313 und 766 BGB durch nachträgliche Erfüllung des Schenkungsversprechens bzw. der Bürgschaft, und in § 566 BGB ist der Mietvertrag bei Formmangel nur auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Die Nichtigkeit tritt ferner nicht bei den Fällen der Eintragung in Register ein, die das BGB nicht als Formvorschriften ansieht. Dagegen tritt die Nichtigkeit nach § 125 Satz 2 BGB im Zweifel auch bei Nichtbefolgung einer rechtsgeschäftlichen Formvorschrift ein.

Im französischen Recht hat nur die Gruppe der Solemnitätsformen (formes solennelles) diese Bedeutung. Hier hat der Formmangel die nullité absolue zur Folge,¹⁾ nach einer anderen Ansicht sogar die inexistence.²⁾ Diese ist aber abzulehnen, da die besondere Form nicht das Wesen des Rechtsgeschäfts ausmacht, wie sich schon aus der Willkürlichkeit ergibt, mit der die Rechtsordnungen die Formvorschriften austeilen. Zu den Solemnitätsformen gehören die Fälle, in denen der Abschluß vor einer Behörde vorgeschrieben ist. Auch die Fälle, in denen ein acte authentique vorgeschrieben ist, gehören, wenigstens grund-

1) Planiol-Ripert VI 113; Morandière II 756; Ponsard "nullité" 110, Carbonnier II 124.

2) de Page I 28, insbes. bei der Ehe; Planiol-Ripert II 257.

sätzlich hierher.¹⁾ Eine Ausnahme bildet z.B. die durch art. 4 Abs.1 des Dekrets vom 4.Januar 1955 für Grundstücksgeschäfte vorgeschriebene authentische Form.²⁾ Man muß stets im Einzelfall prüfen, ob die vorgeschriebene authentische Form Gültigkeitserfordernis ist.³⁾ In den Fällen der Schriftform gilt sogar regelmäßig, daß die Form nicht Gültigkeitserfordernis ist.⁴⁾ Eine Ausnahme bilden die handelsrechtlichen Wertpapiere und der Tarifvertrag,⁵⁾ sowie natürlich das Testament. Rechtsgeschäftliche Formvorschriften haben im französischen Recht im Zweifel nicht die Bedeutung, daß ihre Nichterfüllung die Ungültigkeit des Geschäfts zur Folge hat.⁶⁾

- b) Die Bedeutung der Formvorschrift kann nur die sein, daß das Rechtsgeschäft ohne die Form nicht voll wirksam werden kann.

Im französischen Recht hat die Gruppe der Publizitätsformen diese Bedeutung. Ein Rechtsgeschäft, das diese Form nicht erfüllt, ist zwar gültig, aber Dritten gegenüber unwirksam, inopposable.⁷⁾ Im deutschen Recht hat der Mangel der Eintragung in einzelnen Fällen, namentlich in § 1412 BGB und bei den deklaratorischen Eintragungen in das Handels- und Vereinsregister

-
- 1) Planiol-Ripert VI 115; Morandière II 577.
2) Morandière II 623.
3) so auch art.45 du projet, Travaux 1947/8 S.344.
4) Planiol-Ripert VI 110; art.43 du projet a.a.O. S.344.
5) Planiol-Ripert VI 117; Morandière II 623.
6) Planiol-Ripert VI 111; Aubry-Rau IV § 343.3; Breton "consentement", 24, art.44 du projet a.a.O. S.344.
7) Colin-Capitant I 57.2; de Page I 29; Carbonnier II 125; Capitant 239.

eine ganz ähnliche Wirkung.¹⁾ Die Eintragungen in das Grundbuch und die konstitutiven Eintragungen in das Handels- und Vereinsregister haben dagegen eine viel stärkere Bedeutung, sie sind für die Entstehung des Rechtsgeschäfts unerlässlich.²⁾

- c) Die Bedeutung der Formvorschrift kann sich darauf beschränken, daß das Rechtsgeschäft ohne die Form nicht bewiesen werden kann.

Im französischen Recht spielen diese Beweisformen (*formes probantes*) eine große Rolle. Hierher gehören grundsätzlich die Fälle der Schriftform und die Ausnahmefälle der authentischen Form.³⁾ Dazu kommt noch die Generalklausel des art. 1341 cciv, wonach über alle Rechtsgeschäfte, deren Gegenstand den Wert von 50 fr übersteigt, eine privatschriftliche oder notarielle Urkunde aufgenommen werden muß. Die Gültigkeit und Wirksamkeit eines unter Verletzung dieser Formvorschriften zustandegewonnenen Rechtsgeschäfts bleibt zwar unberührt, doch ist der Zeugenbeweis ohne oder gegen die Urkunde unzulässig.⁴⁾ Durch diese Bestimmung wird indirekt ein starker Formalismus in das französische Recht eingeführt, der den Grundsatz der Formfreiheit stark abschwächt. Ihre Bedeutung ist aber wiederum nicht so groß, wie vom deutschen Recht aus oft angenommen wird. Einmal schließt der Code civil nur den Zeugenbeweis aus, nicht aber andere Beweisformen, insbes. Geständnis (*aveu*, art. 1354 f cciv) und Parteieid (*serment*, art. 1357 f cciv).⁵⁾ Dann kennt

-
- 1) Schlegelberger-Hildebrandt, Anm. 16 zu § 8 HGB; Staudinger Komm. § 55 Anm. 4.
2) unten S. 126
3) Planiol-Ripert VI 110, art. 43, 45 du projet, a.a.O. S. 344.
4) Aubry-Rau IV § 306; de Page I 30; Carbonnier II 127; Morandière II 620 u. 756.
5) Colin-Capitant I 57.3.

der Code civil auch Ausnahmen von art.1341 in den art.1347/8, die von der Rechtsprechung weit ausgelegt werden.¹⁾ Dazu kommt noch, daß art.1341 nicht zwingendes Recht, sondern abdingbar ist.²⁾ Schließlich, und das ist praktisch für den Geschäftsverkehr entscheidend, gilt im Handelsrecht der Grundsatz der Beweisfreiheit, art.1341 Abs.2 cciv, 109 ccom,³⁾ so daß z.B. einem telefonisch geschlossenen Vertrag keine Schwierigkeiten entgegenstehen.⁴⁾ Zu den Beweisformen gehört im französischen Recht noch im Zweifel eine rechtsgeschäftliche Formvorschrift.⁵⁾

Im deutschen Recht spielen Beweisformen so gut wie keine Rolle. Es können hierher rechtsgeschäftliche Formvorschriften gehören, wenn dies der Parteiwille ist, § 125 Satz 2 BGB. Gesetzliche Beweisformen gibt es kaum, so die öffentliche Beglaubigung oder Beurkundung in § 29 GBO, die Urkundenform in § 595 Abs.2 ZPO. Da es sich bei den Beweisformen nicht um echte Formvorschriften handelt, werden sie im internationalen Privatrecht nicht nach der lex loci actus, sondern nach der lex fori behandelt.⁶⁾

3. Kapitel: Zweiaktige Rechtsgeschäfte.

Eine Reihe von Rechtsgeschäften im deutschen und französischen Recht, durchwegs Verträge, wird nicht allein durch den Konsens der Parteien

1) Colin-Capitant II 475 f; Planiol II 1117 f.

2) Dalloz, Code civil annoté, Ann.1 zu art 1341.

3) Carbonnier II 127.

4) Planiol-Ripert VI 156.

5) Planiol-Ripert VI 111, art.44 du projet, Travaux 1947/8 S.344.

6) von Tuhr II 1 S.501.

gebildet, sondern bedarf zu ihrem Zustandekommen noch einer weiteren Handlung.¹⁾ Man könnte sie daher zweiaktige Verträge nennen. Von den formgebundenen Rechtsgeschäften unterscheiden sie sich dadurch, daß die zweite Handlung nicht, wie die Form, Mittel der Willenserklärung ist, sondern als selbständiges weiteres Erfordernis neben diese tritt.²⁾

1. Die zweite Handlung kann die Übergabe einer Sache von der einen Partei an die andere sein. Dann liegt ein sog. Realvertrag, contrat réel, vor.

a) Im deutschen Recht gehören dazu die Verwahrung, § 688 BGB, die Handschenkung, § 516 Abs.1 BGB, die Sachverpfändung, § 1205 BGB, und, was allerdings von einem Teil der Lehre bestritten wird, das Darlehen, § 607 BGB, und die Leihe, § 598 BGB.³⁾ Hauptsächlich aber gehört im deutschen Recht die Eigentumsübertragung an beweglichen Sachen hierher, § 929 BGB,⁴⁾ bei der die Übergabe nach §§ 930, 931 durch andere Handlungen ersetzt werden kann, wodurch aber die Zweiaktigkeit gewahrt bleibt. Schließlich gehört im deutschen Recht auch die Erfüllung einer Geldschuld hierher,⁵⁾ sofern man diese als Rechtsgeschäft ansieht;⁶⁾ dann besteht sie aus dem Schuldauhebungs willen und dem Eigentumsübergang von Geld.

Solange der zweite Akt des Rechtsgeschäfts fehlt, ist dieses unvollendet. Bleibt er überhaupt aus, so ist das Rechtsge-

-
- 1) Enneccerus-Nipperdey § 145 B; Oertmann Komm. Anm.2 vor § 104 BGB.
 - 2) von Tuhr II 1 S.499.
 - 3) Enneccerus-Nipperdey § 145 B 1.
 - 4) Oertmann a.a.O. S.64.
 - 5) Enneccerus-Nipperdey § 145 B.
 - 6) sehr strittig, Staudinger Komm. Anm.1 vor § 362 BGB.

schäft nicht zustandegekommen. Man müßte es daher als nichtig ansehen. Da der zweite Akt aber in der Regel auf den Konsens folgt und stets nachholbar ist, steht das Rechtsgeschäft praktisch einem schwebend unwirksamen völlig gleich. Dies ist der Grund, warum in der Lehre oft nicht zwischen fehlenden Tatbestandselementen und fehlenden Rechtsbedingungen unterschieden wird.¹⁾ Abgesehen davon, daß das Rechtsgeschäft ohne Rückwirkung erst mit dem Eintritt des zweiten Aktes wirksam wird,²⁾ ist der Wirkungsmangel in der Tat derselbe wie bei noch ausstehenden Wirksamkeitsvoraussetzungen. Der Unterschied im Tatbestandsmangel ist aber so deutlich, daß eine getrennte Behandlung der zweiaktigen Rechtsgeschäfte erforderlich ist.

- b) Im französischen Recht werden, wie im deutschen Recht, zu den Realverträgen gerechnet das Darlehen, art.1892 cciv, die Leihe, art.1875 cciv, die Verwahrung, art.1915 cciv, die Sachverpfändung, art.2071 cciv und die Handschenkung (don manuel), die nach der Rechtsprechung neben der donation, art.931 cciv, möglich ist.³⁾ Die Eigentumsübertragung an beweglichen Sachen vollzieht sich im französischen Recht dagegen allein durch den Konsens, art.711, 1138 cciv.⁴⁾ Die Erfüllung (payement), art.1235 ff cciv, dürfte jedoch auch im französischen Recht ein Realvertrag sein, wenn sie auch nicht zu dieser Kategorie gezählt wird.⁵⁾ Der Begriff der Realverträge wird neuerdings

1) z.B. von Tuhr II 1 S.281 u.148; Planck Komm. Anm.V 3 vor § 104; Strohal a.a.O. S.6/7.

2) Oertmann a.a.O. S.8/10.

3) Planiol-Ripert VI 119; Bonnecase II 366; Carbonnier II 125; Morandière II 577.

4) Zachariae § 120.

5) Ponsard "payement", 4.

in der französischen Lehre stark kritisiert.¹⁾ Man erklärt die Sachübergabe als eine Ausführungshandlung des durch den Konsens zustandegekommenen Vertrages und weist darauf hin, daß beim Transportvertrag, bei der Miete und ähnlichen Verträgen ebenfalls die Sachübergabe nur Ausführungshandlung sei. Man übersieht dabei aber, daß es sich da um gegenseitige Verträge handelt, bei den Realverträgen dagegen um einseitig verpflichtende Verträge, *contrats unilatéraux*. Der Reformentwurf schließt sich der neueren Lehre an.²⁾

Auch im französischen Recht ist ein Realvertrag, solange die Sachhingabe nicht erfolgt ist, unwirksam. Unterbleibt die *remise de la chose* überhaupt, so ist der Vertrag *sans cause* und damit absolut nul; denn die Sachhingabe ist die *cause* der Rückgabeverpflichtung des Entleihers, Pfandnehmers usw.³⁾

2. Die zweite Handlung kann in der Mitwirkung einer Behörde bestehen. Aber nicht jede behördliche Mitwirkung macht ein Rechtsgeschäft zu einem zweiaktigen. Nicht hierher gehören überwiegend die behördlichen Genehmigungen, die für viele Rechtsgeschäfte erforderlich sind, wie die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung. Solche Genehmigungen sind akzessorisch, das Rechtsgeschäft ist auch ohne sie vollendet und gültig; sie betreffen nur die Wirksamkeit des Geschäfts. Zum Tatbestand des Rechtsgeschäfts gehören nur solche behördlichen Mitwirkungsakte, die gleichberechtigt neben dem Parteiwillen zum Zustandekommen des Rechtsgeschäfts erforderlich sind. Es sind dies im deutschen Recht die gerichtli-

1) Planiol-Ripert VI 120; Morandière II 578; Boulanger "contrats et conventions", 12 f.

2) art. 19 du projet, Travaux 1948/9 S. 706.

3) Colin-Capitant II 58; Planiol II 1038.2; Carbonnier II 110.

che Bestätigung des Adoptionsvertrages, § 1754 BGB,¹⁾ die Genehmigung der Stiftung, § 80 BGB, die Eintragung ins Grundbuch bei allen Grundstücke oder Rechte daran betreffenden Rechtsgeschäften, § 873 Abs.1 BGB²⁾ und die konstitutiv wirkenden Eintragungen in das Handels- und Vereinsregister. In allen diesen Fällen ist das Rechtsgeschäft bis zur Mitwirkung der Behörde unvollendet und schwebend unwirksam. Die Rechtslage ist also auch hier dieselbe wie beim Fehlen einer Wirksamkeitsvoraussetzung. Wird die Mitwirkung der Behörde endgültig versagt, so ist das Rechtsgeschäft nicht zustande gekommen und unheilbar unwirksam. Im französischen Recht findet sich dieselbe Erscheinung bei der gerichtlichen Bestätigung (homologation) des Adoptionsvertrages, art. 365 Abs.1 cciv. Erst mit dieser wird die Adoption unter den Parteien wirksam. Im übrigen scheint diese Art der Zweiaktigkeit im französischen Recht keine weiteren Anwendungsfälle zu haben. Die Inskription und Transkription ist jedenfalls nur Wirksamkeitsbedingung gegenüber Dritten.³⁾

4. Kapitel: Die Zuwendungsgeschäfte.

Diese Gruppe von Rechtsgeschäften ist noch umfangreicher als die der Verträge und auch praktisch von größter Bedeutung. Zuwendungen können zwar nicht nur durch Rechtsgeschäfte vorgenommen werden, sondern auch durch Realakte, wie die Arbeitsleistung.⁴⁾ Hier interessieren jedoch nur die Zuwendungsgeschäfte. Darunter ist jedes Rechtsgeschäft zu verstehen, durch das jemand das Vermögen eines anderen bereichert,

1) Enneccerus-Nipperdey § 145 B 2; von Tuhr II 1 S.499; Oertmann a.a.O. S.215.

2) Oertmann a.a.O. S.64.

3) oben S.120

4) von Tuhr II 2 S.52/3.

sei es durch Übernahme einer Verbindlichkeit diesem gegenüber oder durch dessen Befreiung von einer Verbindlichkeit, sei es durch Übertragung von Eigentum oder anderen dinglichen Rechten auf diesen oder durch dessen Befreiung von dinglichen Belastungen, sei es schließlich in sonstiger Weise.¹⁾

1. Die Zuwendungsgeschäfte und die causa.

a) Niemand macht eine Zuwendung, ohne damit einen bestimmten Zweck zu verfolgen. Dieser Zweck ist von dem jeweiligen individuellen Beweggrund verschieden, er ist vielmehr für einzelne Arten von Zuwendungsgeschäften jeweils derselbe und daher für diese typisch. Die Übernahme einer Verpflichtung im Rahmen eines gegenseitigen Vertrages erfolgt zum Zweck der Erlangung einer Gegenforderung, credendi causa; eine Zahlung erfolgt in der Regel zum Zweck der Erfüllung einer Verbindlichkeit, solvendi causa; eine unentgeltliche Zuwendung wird in Schenkungsabsicht, donandi causa, gemacht, usw.²⁾ Dieser typische Zweck, der mittelbar mit der Zuwendung erstrebte Rechtserfolg wird herkömmlich als causa bezeichnet.³⁾ Eine causa ist das Merkmal einer jeden Zuwendung, man kann sie daher als das zusätzliche Element der Zuwendungsgeschäfte ansehen.

b) Auch im französischen Recht gibt es, wie in jeder Rechtsordnung, Zuwendungsgeschäfte. Dieser Begriff selbst ist allerdings der französischen Lehre völlig unbekannt. Der Begriff der cause spielt jedoch im französischen Recht eine wichtige

1) Enneccerus-Nipperdey § 147 III; Lehmann § 25 III 1 a; von Tuhr II 2 S.49.

2) von Tuhr II 2 S.67 ff; Enneccerus-Lehmann § 200 I; Lenel AcP 74, 234.

3) Lehmann § 25 III 1 c; von Tuhr II 2 S.63.

Rolle, praktisch eine viel größere als die *causa* im deutschen Recht. Nach dem Code civil, art. 1108, ist eine rechtmäßige *cause* der *Obligation* ein wesentliches Element eines gültigen Vertrages, und eine *Obligation* ohne *cause*, mit falscher *cause* oder rechtswidriger *cause* ist wirkungslos, art. 1131. Der Code civil sieht die *cause* demnach als wesentlichen Bestandteil der vertraglichen Obligation an, eine Auffassung, die zutreffend, aber zu eng ist; denn zwar stellt jede Übernahme einer *Obligation* eine Zuwendung dar, doch ist damit der Begriff der Zuwendung nicht erschöpft. Richtig ist die Einschränkung, daß die *Obligation* eine vertragliche, *contractuelle*, sein müsse, weil z.B. gesetzliche *Obligationen* keiner *cause* bedürfen; sie sind auch keine Zuwendungsgeschäfte. Es stimmt daher auch die Auffassung, daß jeder contrat eine *cause* haben müsse,¹⁾ obwohl er, genau genommen, ebenso viele *causes* wie *Obligationen* haben muß. Nicht mehr richtig ist dagegen die naheliegende Ansicht, daß jeder Vertrag (*convention*) eine *cause* haben müsse;²⁾ denn es gibt Verträge, die keine Zuwendungsgeschäfte sind, z.B. die Eheschließung, bei der auch noch nie nach der *cause* gefragt worden ist. Vollends unrichtig ist schließlich die, durch die übliche Analogie zu art. 1108 cciv entstandene Meinung, daß jeder acte juridique eine *cause* haben müsse;³⁾ denn z.B. eine Erbchaftsannahme oder eine Kündigung sind keine Zuwendungsgeschäfte und können daher keine *cause* haben. Trotzdem hat auch der Reformentwurf diese unzulässige Verallgemeinerung vollzogen.⁴⁾ Der Grund dafür dürfte darin liegen, daß die Ansicht des Code civil,

1) Carbonnier II 109; Colin-Capitant II 22.

2) so aber Aubry-Rau IV § 345; richtig Zachariae § 127 I 3.

3) so Bonnecase II 544.

4) art. 38 du projet, Travaux 1947/8 S.343.

der nur bei vertraglichen Obligationen von cause spricht, jedenfalls als zu eng empfunden wurde; denn auch das Testament muß eine cause haben¹⁾, was zutrifft, da es regelmäßig Zuwendungen vorsieht. Weiter ist im französischen Recht auch bei der Erfüllung (payement) eine cause erforderlich,²⁾ wenn der Code civil in diesem Zusammenhang auch diesen Begriff nicht verwendet, konsequent, da die Erfüllung ja keine Obligation ist, jedoch ungenau, da stets eine Zuwendung vorliegt. Es zeigt sich jedenfalls, daß der Begriff der Zuwendung, wenn auch unerkannt, dem französischen Recht zugrunde liegt und dort ebenfalls mit dem Begriff der cause eng verbunden ist. Auch im französischen Recht besteht die cause bei gegenseitigen Verträgen in der Verpflichtung der Gegenseite,³⁾ bei Erfüllungshandlungen im Bestehen einer Verbindlichkeit,⁴⁾ bei unentgeltlichen Zuwendungen der animus donandi,⁵⁾ bei aleatorischen Verträgen das Risiko usw.⁶⁾

2. Die Mehrdeutigkeit des Begriffs causa.

- a) Im deutschen Recht versteht man unter causa einmal den oben dargelegten typischen Zweck jeder Zuwendung und bezeichnet ihn als causa im subjektiven Sinn.⁷⁾ Daneben tritt als causa im objektiven Sinn bei Verträgen die die Zuwendung tragende

-
- 1) Maury "cause" 76; Morandière II 710.
2) Ponsard "payement", 6; Morandière II, 1298.
3) Planiol-Ripert VI 253; Morandière II 716; Aubry-Rau IV § 345.
4) Giverdon "répétition de l'indu" 1, wobei auch eine Naturalobligation ausreicht; Planiol-Ripert VI 253; Aubry-Rau IV § 345; Morandière II 718.
5) Aubry-Rau IV § 345; Colin-Capitant II 61.
6) Planiol-Ripert VI 254 ff; Morandière II 719.
7) Enneccerus-Nipperdey § 148, 2; Westermann a.a.O. § 4 II 1.

Rechtswirkvereinbarung, bei einseitigen Zuwendungen der erklärte Rechtswirk.¹⁾ In diesem Sinne ist allgemein das Verpflichtungsgeschäft causa der zu seiner Erfüllung dienenden Verfügungen, z.B. der Kaufvertrag als causa der Eigentumsübertragung. Diese objektive causa ist im deutschen Recht geradezu die causa schlechthin.

- b) Im französischen Recht wird cause in drei verschiedenen Bedeutungen verwendet. Einmal, und das ist ihre Hauptbedeutung, wird sie in dem oben dargelegten Sinn des typischen Zwecks einer Zuwendung verstanden und dann als cause finale, cause abstraite, cause objective oder cause interne bezeichnet.²⁾ Die Berechtigung der cause in diesem Sinne wird von den sog. Anticausalisten geleugnet,³⁾ die sich aber nie durchsetzen konnten. In einer anderen Bedeutung versteht man unter cause das im Einzelfall entscheidende Motiv für die Zuwendung und nennt sie cause impulsive et déterminante, cause subjective, cause concrète oder cause externe.⁴⁾ Diese doppelte Bedeutung ist heute von der h.L. anerkannt und angenommen.⁵⁾ Nur vereinzelt wird an einem einheitlichen Begriff der cause festgehalten und dieser dann als das Ziel, le but, der Zuwendung definiert.⁶⁾ Die praktische Bedeutung der beiden cause-Begriffe ist jedoch zu unterschiedlich, als daß eine einheitliche Anschauung sinnvoll wäre.⁷⁾ In der Lehre findet sich vereinzelt noch ein dritter Begriff der cause, die sog. cause efficiente.⁸⁾

1) Enneccerus-Nipperdey § 148, 3; Lehmann § 25 III 1 d; von Tuhr II 1 S.81.

2) Bonnecase II 546; de Page II 475; Carbonnier II 109.

3) Planiol II 1037 f; de Page II 475 f.

4) Bonnecase II 547, 613; Carbonnier II 109.

5) Maury "cause" 6.

6) Morandière II 730.

7) Planiol-Ripert VI 249.

8) Bonnecase II 544, 549.

Man versteht darunter den äußeren Rechtsgrund der Obligation, den contrat. Die cause efficiente dürfte daher mit der deutschen causa im objektiven Sinne gleichzusetzen sein. Im Gegensatz zu dieser ist ihre Bedeutung aber verschwindend.

3. Die Bedeutung der causa und ihr Fehlen.

Der im deutschen und französischen Recht gleichermaßen geltende Grundsatz, daß eine Zuwendung eine causa haben muß, kann sich praktisch ganz verschieden auswirken. Behandelt wird hier nur das Fehlen der causa bei Vornahme des Zuwendungsgeschäfts, weil nur dann von einer Mangelhaftigkeit des Rechtsgeschäfts selbst die Rede sein kann. Der spätere Wegfall der causa ist ein schuldrechtliches Problem.¹⁾

a) Im deutschen Recht hat grundsätzlich nur die causa im objektiven Sinn praktische Bedeutung,²⁾ d.h. es kommt auf das Zustandekommen und die Wirksamkeit der Kausalvereinbarung an. Deren Mangel wirkt sich verschieden aus, je nachdem, ob die Zuwendung kausal oder abstrakt ist.

α) Kausal sind von Natur aus grundsätzlich alle Verpflichtungsgeschäfte.³⁾ Von den Verfügungen sind dagegen nur diejenigen kausal, die ausdrücklich, d.h. durch Bedingung, kausal gemacht werden.⁴⁾ Bei kausalen Zuwendungen soll der Mangel der causa die Unwirksamkeit oder Ungültigkeit

1) Die französische Lehre sieht allerdings z.T. in der Nichtausführung der Gegenleistung einen Mangel der causa, z.B. Morandière II 738.

2) Enneccerus-Nipperdey § 148, 2; Westermann a.a.O. § 4 II 1.

3) Lehmann § 25 III 3 a.

4) Lehmann § 25 III 3 b.

des Zuwendungsgeschäfts zur Folge haben.¹⁾ Dieses Ergebnis ist jedoch eigentlich keine Folge der fehlenden causa, sondern des Nichtzustandekommens, der Nichtigkeit oder Unwirksamkeit des Zuwendungsgeschäfts. Es ist m.E. eine unnötige Konstruktion, zu sagen, die Verpflichtung z.B. eines Verkäufers sei mangels causa unwirksam, wenn die Verpflichtung des Käufers wegen dessen Minderjährigkeit oder Geistesstörung unwirksam sei.²⁾ Das Zuwendungsgeschäft ist eben ein einheitliches Rechtsgeschäft, nicht eine Kombination aus zwei selbständigen Verpflichtungen.

- B) Abstrakt sind von Natur aus grundsätzlich alle Verfügungen,³⁾ unbedingt die Auflassung, § 925 BGB. Abstrakte Verpflichtungsgeschäfte sind Schuldanerkenntnis, Schuldversprechen, §§ 780, 781 BGB, und die Wertpapiere, insbes. der Wechsel.⁴⁾ Bei abstrakten Zuwendungen ist der Mangel der causa ohne Einfluß auf die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts,⁵⁾ er hat lediglich einen Anspruch auf Rückgängigmachung der Zuwendung als ungerechtfertigter Bereicherung zur Folge, §§ 812 f BGB, der auch durch Einrede geltend gemacht werden kann, § 821 BGB. Diese aus dem römischen Recht stammende Abstraktheit ist heute nur noch dem deutschen Recht eigentümlich.⁶⁾ Sie wird in der Lehre mehr und mehr als unbefriedigend empfunden, da sie die Interessen des Zuwendenden nicht genug berücksichtigt.⁷⁾

1) Lehmann § 25 III 2 b und § 27 III 1; Titze "Rechtsgeschäft" 3 f; Westermann a.a.O. § 4 II 2; Planck Komm.Anm.VII 2 vor § 104 BGB.

2) so Lehmann § 25 III 2 b.

3) Lehmann § 25 III 3 b.

4) Lehmann § 25 III 3 a.

5) Enneccerus-Nipperdey § 148, 5 b; Lehmann § 27 III 1; von Tuhr II 2 S.97.

6) Lange a.a.O. S.256.

7) Lehmann § 25 III 2 b; Enneccerus-Nipperdey § 148, 5 u.Anm.7; Krause AcP145, 312.

De lege ferenda wird daher ihre Beseitigung befürwortet, zumal der Gutglaubensschutz die Interessen des Verkehrs völlig ausreichend wahrnehme. Unentbehrlich ist die Abstraktheit dagegen im Wertpapierrecht, da hier regelmäßig mehr als zwei Parteien beteiligt sind und die Einwendungen aus dem Grundverhältnis im Verkehrsinteresse den gutgläubigen Dritten nicht sollen entgegengesetzt werden können.

- γ) Das Fehlen der causa im subjektiven Sinn soll, wenn nicht zugleich die causa im objektiven Sinn fehlt, im deutschen Recht grundsätzlich unbeachtlich sein.¹⁾ Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, sondern dürfte vielmehr durchaus möglich sein, daß auch ohne eine Vereinbarung über den Zweck der Zuwendung deren rechtlicher Grund fehlen kann und damit ein Bereicherungsanspruch eintritt.²⁾ Auch kann der Zuwendung die Geschäftsgrundlage fehlen.³⁾ Das Fehlen der causa läßt also nur die Existenz und Gültigkeit des Zuwendungsgeschäfts unberührt, steht aber dessen Verbindlichkeit und Wirksamkeit entgegen.
- δ) Das Fehlen der causa ist regelmäßig mit einem Irrtum des Zuwendenden über das Vorhandensein der causa verbunden;⁴⁾ denn kein vernünftiger Mensch macht eine Zuwendung, wenn

1) Enneccerus-Nipperdey § 148, 3; Westermann § 4 II 1.

2) so in § 516 Abs. 2 BGB, den von Tuhr II 1 S. 82, 97 f. verallgemeinert.

3) Oertmann Komm. Anm. 7 b vor § 104 BGB. Die Geschäftsgrundlage kann aber auch nur Motiv, nicht causa, der Zuwendung sein. Auch Windscheid, a.a.O. S. 286 f. versucht, causa, die er Voraussetzung nennt, und Beweggrund zu unterscheiden, sieht aber nur einen graduellen Unterschied.

4) Windscheid a.a.O. S. 300.

er weiß, daß die causa fehlt. Der Irrtum ist jedoch trotzdem keine positive Voraussetzung des Bereicherungsanspruchs. Lediglich bei der Zuwendung solvendi causa hat der Irrtum im deutschen Recht eine Bedeutung insofern, als sein Fehlen den Bereicherungsanspruch ausschließt, § 814, 1. Halbsatz BGB.

- b) Im französischen Recht hat vor allem die cause finale und ihr Fehlen praktische Bedeutung.

α) Bei Obligationen, d.h. bei contrats hat das Fehlen der cause die Ungültigkeit zur Folge. Die auf Pothier, obligations n.42 f zurückgehende Bestimmung des art. 1131 cciv, wonach eine Obligation ohne cause keine Wirkung haben könne, legt diesen Schluß zwar nicht unbedingt nahe; sie könnte auch so aufgefaßt werden, daß die Wirkung infolge ungerechtfertigter Bereicherung ausbleiben oder wegfallen soll. In der französischen Lehre und Rechtsprechung besteht aber kein Zweifel darüber, daß damit die nullité des contrat angeordnet sein soll.¹⁾ Umstritten ist nur, ob diese nullité absolut oder relativ ist. Während die klassische und auch heute noch h. M.²⁾ mit der Begründung, die cause sei wesentliches Element jedes contrat, nullité absolue annimmt, tritt eine neuere Auffassung³⁾ für nullité relative ein, weil die cause nicht im Interesse des ordre public, sondern nur einer Partei verlangt werde. Diese Ansicht dürfte vorzu-

1) Zachariae § 127 I 3; Aubry-Rau IV § 345; Planiol-Ripert VI 252; Morandière II, 732.

2) Maury "cause" 109; Aubry-Rau IV § 345; Carbonnier II 109.

3) Planiol-Ripert VI 263, 290; de Page II 487; Morandière II 755.

ziehen sein, zumal auch beim Irrtum nur nullité relative eingreift. Ein Irrtum liegt aber bei fehlender cause regelmäßig vor. Die sog. fausse cause des art. 1131 cciv zerfällt nach der Lehre in die cause erronée und die cause simulée.¹⁾ Erstere ist nichts anderes als die irrtümliche Annahme einer fehlenden cause, letztere ist ohne Bedeutung, wenn nur eine dissimulierte cause gegeben ist und diese nicht illicite ist. Der Begriff der fausse cause hat also keine selbständige Bedeutung.

Die Fälle, in denen das französische Recht die fehlende cause zur Annulierung von Verträgen verwendet, sind zahlreich. Bei gegenseitigen Verträgen ist die eine Obligation nul, wenn die andere ein unmögliches, nutzloses oder völlig unbedeutendes Objekt hat²⁾ oder sonst ungültig ist; diese Zerlegung des Vertrags in zwei nur durch die cause verbundene Obligationen wird von den Anticausalisten m.E. zu recht als überflüssig und gekünstelt abgelehnt.³⁾ Bei Realverträgen ist die Rückgabeverpflichtung nul, wenn die Sache nicht übergeben worden ist.⁴⁾ Aleatorische Verträge sind nul, wenn kein Risiko besteht. Die Rechtsprechung geht hier sehr weit und annulliert z.B. den Kauf eines Hauses gegen eine Leibrente, die unter den Erträgen des Hauses liegt; den Vertrag mit einem Genealogisten auf Ermittlung einer Erbschaft gegen Abtretung eines Teils derselben, wenn die Erbschaftsverhältnisse gar nicht unklar sind; einen Versicherungs-

1) Morandière II 725; de Page II 483; Carbonnier II 109; Aubry-Rau IV 345.

2) Morandière II 724, 736; Planiol-Ripert VI 262; de Page II 482; Carbonnier II 109; oben S.91.

3) de Page II 476.

4) Morandière II 717, 724, oben S.125.

vertrag, wenn das Risiko schon versichert ist; u.a.m.¹⁾

Der Reformentwurf hält an dem Erfordernis der cause finale fest und spricht sich in der Frage der Folge der fehlenden cause nicht deutlicher aus als der Code civil.²⁾ Der Irrtum über die cause soll die nullité relative zur Folge haben.³⁾

- B) Die contrats sind, nach der deutschen Terminologie, jedenfalls kausale Zuwendungen. Es scheint aber, daß das französische Recht auch abstrakte Zuwendungen kennt, bei denen also der Mangel der cause die Gültigkeit des Geschäfts nicht beeinträchtigt, wenn er auch in anderer Weise geltend gemacht werden kann. Nicht abstrakt sind allerdings die Verträge, deren cause nicht angegeben ist, art. 1132 cciv. Abstrakte Schuldversprechen und Anerkennnisse werden vom französischen Recht, wenn auch anscheinend unter unrichtiger Würdigung des deutschen Rechts, bewußt abgelehnt.⁴⁾ Art. 1132 cciv besagt danach nur, daß die cause nicht in den écrit, also die Beweisurkunde aufgenommen zu werden braucht. Nach der h.M. wird bei solchen sog. billets non causés das Vorhandensein einer cause vermutet, der Gegenbeweis obliegt dem Schuldner.⁵⁾ Dagegen spricht manches dafür, daß die Erfüllung, le payement, eine abstrakte Zuwendung ist. Sie ist kein contrat und wird vom Code civil, art. 1235 Abs. 1, 1376 f ohne Rücksicht auf den Begriff der cause geregelt. Danach

1) Planiol-Ripert VI 254; Carbonnier II 114; Aubry-Rau IV § 345.

2) art. 38 Abs. 1 du projet, Travaux 1947/8 S. 343.

3) art. 39 und 50 du projet, a.a.O. S. 343/5.

4) Planiol-Ripert VI 265 f; Colin-Capitant II 63 f; Carbonnier II 110.

5) Morandière II 727, 729; de Page II 484; art. 38 Abs. 3 du projet, a.a.O., S. 343.

unterliegt eine Leistung, zu der keine Verbindlichkeit bestand, der sog. répétition, wenn sie irrtümlich erfolgte.¹⁾ Die répétition ist sehr ähnlich wie die ungerechtfertigte Bereicherung des deutschen Rechts ausgestaltet und wird von der Lehre auch als Sonderfall des gewohnheitsrechtlich anerkannten enrichissement sans cause angesehen.²⁾ Trotz dieser ziemlich eindeutigen Haltung des Gesetzes wendet die Lehre nicht nur den Begriff der cause auch auf das payement an, was sachlich gerechtfertigt ist, sondern geht noch einen Schritt weiter und erklärt das payement, dem keine Schuld zugrunde liegt, für nul.³⁾ Die répétition erscheint nach dieser Auffassung dann nur noch als Folge der nullité, nicht aber als selbständiges Mittel des Interessenausgleichs anstelle einer an sich auch möglichen Ungültigkeit. Aus dieser Anschauung war wohl überhaupt die französische Eigenart der Lehre von der cause bei den contrats entstanden.⁴⁾ Eine echte Abstraktheit im Sinne eines Ausschlusses der Einwendungen aus dem Grundverhältnis liegt dagegen auch im französischen Recht bei den Wertpapieren vor.⁵⁾ Auch die Bürgschaftsverpflichtung muß im Interesse des Rechtsverkehrs von Mängeln aus dem Verhältnis des Bürgen zum Hauptschuldner unabhängig bestehen.⁶⁾

1) Morandière II 1302 f; Giverdon "répétition de l'indu" 14.

2) Giverdon "répétition de l'indu", 2; Morandière II 1306, 1310.

3) Morandière II 1298.

4) Windscheid a.a.O. S.299.

5) Planiol-Ripert VI 271 ff.

6) Planiol-Ripert II 269.

- γ) Auch die cause impulsive et déterminante hat im französischen Recht eine große praktische Bedeutung. Einmal wird die subjektive Rechtswidrigkeit der Rechtsgeschäfte fast ausschließlich auf sie bezogen, so daß sie den Begriff der cause illicite der art. 1131, 1133 cciv ausfüllt.¹⁾ Daneben vertritt sie bei den unentgeltlichen Zuwendungen in großem Maße die cause finale. Der animus donandi hat sich in der Praxis als ein zu enger Begriff der cause erwiesen, so daß die Rechtsprechung mehr und mehr auf das entscheidende Motiv abstellte. Dem hat sich die Lehre angeschlossen. Jeder Motivirrtum ist daher, wenn es nur eine minimale objektive Basis hat, bei Schenkungen und testamentarischen Zuwendungen ein erreur sur la cause.²⁾ Schließlich ist nach der Rechtsprechung auch bei entgeltlichen Zuwendungen manchmal ein Motivirrtum als erreur sur la cause beachtlich, ohne daß eine scharfe Abgrenzung zum erreur sur la substance möglich wäre.³⁾ Es handelt sich hierbei um ius aequum, das sich einer dogmatischen Behandlung widersetzt. Der Reformentwurf verwendet statt des Ausdrucks cause in diesem Sinn den sachlich genaueren und weniger mißverständlichen Begriff des motif.⁴⁾

- δ) Die cause efficiente hat im französischen Recht keine besondere Bedeutung. Es ist klar, daß, wenn ein contrat nul ist, auch die aus ihm entspringenden Obligationen unwirksam sein müssen.

1) oben S.81, 95.

2) Maury "cause" 56 f; Bonnecase II 596 f.

3) Planiol-Ripert VI 185; Carbonnier II 114; Maury "cause" 110, oben S.53.

4) art. 40 und 41 du projet, Travaux 1947/8 S.344.

5. Kapitel: Die Verfügungen.

1. Verfügung und Verfügungsmacht.

- a) Im deutschen Recht ist die Verfügung ein geläufiger Begriff, vgl. §§ 135 f, 161, 184 f BGB. Man versteht darunter jedes Rechtsgeschäft, durch das unmittelbar ein Recht übertragen, belastet, inhaltlich verändert oder aufgehoben wird.¹⁾ Durch die Unmittelbarkeit ihrer Wirkung unterscheidet sie sich von den Verpflichtungsgeschäften, durch die jemand zu einer Leistung verpflichtet wird, jedoch kein Recht übertragen, belastet etc. wird.²⁾ Es gibt aber Rechtsgeschäfte, z.B. die Stundung einer Forderung, die Schuldübernahme, welche zugleich eine Verpflichtungs- und eine Verfügungswirkung haben.³⁾ Die praktisch wichtigste Verfügung ist die Veräußerung, d.h. die Verfügung, durch die ein Recht, vorzüglich das Eigentum, auf einen anderen übertragen wird.⁴⁾

Jede Verfügung setzt voraus, daß der Verfügende zu dem Recht, über das er verfügt, in einer Beziehung steht, kraft deren er befugt ist, dieses Recht auch auszuüben.⁵⁾ Diese Beziehung zu dem Recht heißt Verfügungsmacht und ist das besondere Element des Rechtsgeschäfts Verfügung. Sie ist nicht mit der Geschäftsfähigkeit zu verwechseln. Die Verfügungsmacht steht regelmäßig dem Inhaber des Rechts zu.⁶⁾ Ausnahmsweise kann sie

-
- 1) Enneccerus-Nipperdey § 143 II; Lehmann § 15 II 1; Staudinger Komm. Anm. 63 vor § 104; Planck Komm. Anm. VII 4 vor § 104; von Tuhr II 1 S. 239.
2) Lehmann § 15 II 1; Staudinger Komm. Anm. 63 vor § 104.
3) Palandt Komm. Anm. 1 vor § 414.
4) Enneccerus-Nipperdey § 143 III 1; Staudinger Komm. Anm. 74 vor § 104.
5) Enneccerus-Nipperdey § 144 I; Lehmann § 15 II 2 b.
6) Lehmann § 15 II 2 b α; von Tuhr II 1 S. 365.

dagegen auch anderen Personen zustehen, z.B. dem Konkursverwalter, und dem Inhaber fehlen. Dann spricht man von Verfügungsbeschränkungen.¹⁾

- b) Dem französischen Recht ist der Begriff der Verfügung unbekannt. Dies dürfte damit zusammenhängen, daß das französische Recht beim contrat die Verpflichtungs- und die Verfügungswirkung durch ein und dasselbe Rechtsgeschäft eintreten läßt,²⁾ also ähnlich wie bei der Schuldübernahme im deutschen Recht. Der Code civil verwendet zwar gelegentlich, z.B. in art. 1812, das Wort disposer im Sinne von verfügen, und kennt auch den Begriff des acte de disposition. Darunter versteht das französische Recht aber nicht nur Verfügungen, sondern überhaupt Rechtsgeschäfte folgenschwerer Art;³⁾ dies wird auch dadurch deutlich, daß Gegensatz des acte des disposition der acte d'administration ist. Bedeutung hat der Gegensatz u.a. für den emanzipierten Minderjährigen, art. 481 cciv, und das Mandat, art. 1988 cciv. Daneben verwendet das französische Recht den Ausdruck aliénation oder acte translatif⁴⁾ im Sinne von Veräußerung, z.B. in art. 128, 1428 Abs. 3, 2124 cciv. Handelt es sich hierbei auch nur um Sonderfälle von Verfügungen, so kann es doch nach der Natur der Sache nicht zweifelhaft sein, daß es auch im französischen Recht Verfügungen schlechthin gibt. Ebenso ist für diese, wie im deutschen Recht, eine von der Geschäftsfähigkeit verschiedene

1) von Tuhr II 1 S. 366 f; Lange a.a.O. S. 315.

2) Zachariae § 120.

3) Hébraud "acte", 55 f.

4) Laborde-Lacoste I 252; Boulanger "contrats et conventions" 127.

Verfügun^gsma^cht, un pouvoⁱr d'agir¹⁾ erforderlich. Auch dies kommt im Code civil in einer Reihe von Einzelfällen zum Ausdruck und muß als ein dem französischen Recht unerkannt zugrunde liegender Grundsatz angesehen werden.²⁾ Auch gibt es im französischen Recht Verfügungsbeschränkungen, insbes. den Konkurs (faillite). Der Reformentwurf befaßt sich nicht mit den Verfügungen allgemein.

2. Der Mangel der Verfügungsmacht.

- a) Im deutschen Recht ist die Verfügungsmacht kein Gültigkeits-
erfordernis, sondern nur eine Wirksamkeitsvoraussetzung der
Verfügung.³⁾ Der Mangel der Verfügungsmacht hat also nur die
Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge, nicht die Nicht-
tigkeit oder Anfechtbarkeit.

- α) Die Verfügung eines Nichtberechtigten, d.h. einer Per-
son, die nicht Inhaber des Rechts ist, ist nur wirksam,
wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt, §
185 Abs.1 BGB. Die Einwilligung ersetzt also die Verfü-
gungsbefugnis, so daß der Verfügende eigentlich gar
nicht mehr nichtberechtigt ist. Eine ohne Einwilligung
des Berechtigten vorgenommene Verfügung ist schwebend
unwirksam. Sie wird nachträglich voll wirksam, wenn
der Berechtigte sie genehmigt, sie wird endgültig un-
wirksam, wenn der Berechtigte die Genehmigung verweigert,
§ 185 Abs.2 Satz 1 BGB und arg. daraus. Die Genehmigung

1) Morandière II 680; Hebraud "acte", 41, die aber die Verfügung
selbst nicht kennen.

2) so auch Zachariae § 127 I 2; Crome a.a.O. S.290.

3) Oertmann a.a.O. S.195 f.

hat rückwirkende Kraft, § 184 Abs.1, doch bleiben gewisse Verfügungen des Berechtigten oder gegen diesen davon unberührt, § 184 Abs.2 BGB. Statt der Genehmigung hat auch der Erwerb des Gegenstands durch den Verfügenden oder dessen unbeschränkte Beerbung durch den Berechtigten das Wirksamwerden der Verfügung zur Folge, § 185 Abs.2 BGB. Eine Wirksamkeit der Verfügung eines Nichtberechtigten kann sich auch aus dem Gutgläubenschutz ergeben;¹⁾ der gute Glaube an die Verfügungsbe fugnis allein wird aber, mit Ausnahme des § 366 HGB, nicht geschützt.

- B) Verfügt ein Berechtigter, d.h. der Inhaber des Rechts, der aber einer Verfügungsbeschränkung unterliegt, so ist die Verfügung relativ unwirksam. Dieses Ergebnis ist im deutschen Recht zwar nicht generell, wohl aber in zahlreichen Einzelfällen vorgesehen: § 7 Abs.1 KO für den Konkurs, §§ 135/136 BGB für relative Veräußerungsverbote, § 883 Abs.2 BGB für die Vormerkung, § 1984 BGB für die Nachlaßverwaltung, §§ 2113, 2129 BGB für die Vorerbschaft, § 2211 BGB für die Testamentsvollstreckung,²⁾ wobei allerdings viele dieser Fälle in der Lehre und Rechtsprechung umstritten sind.³⁾ Auch die relative Unwirksamkeit kann durch Einwilligung des Geschützten vermieden, durch dessen Genehmigung geheilt werden.⁴⁾ Eine Wirksamkeit der Verfügung infolge guten Glaubens ist in den ein-

1) Lehmann § 15 II 2 c ~~α~~, ~~αα~~; Enneccerus-Nipperdey § 144 I 3 b.

2) weitere mögliche Fälle: §§ 161, 170, 187 f, 399, 506, 514, 572, 1123 f BGB, 935 ZPO, 106 KO, 59 VO, 23 ZVG.

3) vgl. Enneccerus-Nipperdey § 202 III; Lehmann § 27 II 3; Staudinger Komm. Anm.48 vor § 104; RGR Komm. § 135 Anm.8, 9; Planck Komm. Anm.V 4 vor § 104; Oertmann Komm. § 135 Anm. 1 b.

4) Enneccerus-Nipperdey § 144 II 1 b; Staudinger Komm. § 135 Anm.5; von Tuhr II 1 S.327.

zelnen Fällen in verschiedenem Umfange möglich vgl. § 7 Abs.1 Satz 2 KO, §§ 315 Abs.2, 1984 Abs.1 Satz 2, 2113 Abs.3, 2129 Abs.2 Satz 1, 2211 Abs.2 BGB, ausgeschlossen bei § 883 BGB. Es erscheint fraglich, ob die verschiedene Behandlung der Verfügung eines Nichtberechtigten und eines verfügungsbeschränkten Berechtigten im deutschen Recht sachlich gerechtfertigt ist, insbes. wenn man bedenkt, daß bei einem Teil der Fälle der Verfügungsbeschränkung von verschiedenen Vertretern der Lehre nicht relative, sondern absolute Unwirksamkeit angenommen wird.

- b) Im französischen Recht kommt die Unwirksamkeit von Verfügungen als Folge fehlender Verfügungsmacht in verschiedener Weise indirekt zum Ausdruck. Art.1599 cciv bestimmt, daß der Verkauf einer fremden Sache nul sei. Nun ist der Kaufvertrag sowohl Verpflichtungsgeschäft als auch Verfügung. Sinnvoll kann sich die nullité aber nur auf die Verfügung beziehen, denn es ist nicht ersichtlich, warum die Verpflichtung wegen der lediglich subjektiven Unmöglichkeit der Eigentumsverschaffung nul sein sollte. Demnach wäre die Verfügungsmacht ein Gültigkeitserfordernis der Verfügung. Die heutige französische Lehre und Rechtsprechung legt art.1599 jedoch anders aus: der Vertrag ist zugleich relativ nul und inopposable. Gegenüber dem Eigentümer der Sache ist er inopposable,¹⁾ unter den Parteien ist er wirksam, doch kann der Käufer, wenn er will, den Vertrag anfechten (nullité relative).²⁾ Er kann aber auch den Verkäufer auf Garantie in Anspruch nehmen.³⁾ So macht sich auch

1) Morandière II 680.

2) Civ., 26.7.1926, DH 1926, 434; Req., 15.1.1934, DH 1934, 97

3) Morandière II 680.

im französischen Recht der Unterschied von Verpflichtung und Verfügung bemerkbar und schält sich die Unwirksamkeit als Sanktion fehlender Verfügungsmacht heraus. Ganz analog wie bei art. 1599 ist die Rechtslage bei art. 1021 cciv, nach dem das Vermächtnis einer fremden Sache nul ist: Der Legatar wird nicht, wie sonst im französischen Recht, art. 711, 1014 cciv, Eigentümer der vermachten Sache, doch kann der Erbe verpflichtet sein, die Sache dem Legatar zu verschaffen.¹⁾ Aus den Bestimmungen der art. 1119 cciv, wonach man selbst grundsätzlich einen Dritten nicht verpflichten kann, und 1165, wonach Verträge nur unter den Parteien wirken und Dritten nicht schaden können, muß man schließlich entnehmen, daß Rechtsgeschäfte, die in Rechte Dritter eingreifen, unwirksam sind, was in erster Linie auf Verfügungen zutrifft; denn die Verpflichtung kann für die Person des Versprechenden gültig sein, sog. promesse de porte-fort, art. 1120 c civ.²⁾ Auch beim Konkurs, der wichtigsten Verfügungsbeschränkung, sind die Verfügungen nicht nul, sondern nur inopposable gegenüber der Konkursmasse.³⁾ Hier ist die Sanktion der Unwirksamkeit auch im französischen Recht deutlich. Eine Heilung der Unwirksamkeit durch Genehmigung des Verfügungsberechtigten muß auch für das französische Recht als möglich angesehen werden.⁴⁾ Auch die Gutglaubensvorschriften, insbes. art. 2279 cciv, können im Einzelfall die Wirksamkeit einer Verfügung ohne Verfügungsmacht zur Folge haben, wenn dies im französischen Recht auch nirgends ausdrücklich hervorgehoben ist.

-
- 1) Cour d'appel de Poitiers, 5.5.1954, Dalloz 1954, Sommaire 72.
 - 2) Aubry-Rau IV § 343 ter 1, Planiol II 1018; Colin-Capitant II 139.
 - 3) Planiol-Ripert VI 85; Morandière II 681; Boulanger "contrats et conventions", 49.
 - 4) Planiol-Ripert VI 280; art. 31 des Vorentwurfs von Houin, Travaux 1946/7 S. 59; Zachariae § 127 II.

6. Kapitel: Rechtsgeschäfte im eigenen Namen.

Eine besondere Gruppe von Rechtsgeschäften, wenn auch praktisch die Regel, sind die Rechtsgeschäfte, deren Wirkung das Rechtssubjekt, das die Willenserklärung abgibt, selbst betreffen soll und die daher im eigenen Namen vorgenommen werden. Für solche Rechtsgeschäfte genügt es grundsätzlich nicht, daß das Rechtssubjekt nicht geschäftsunfähig ist, sondern es ist darüberhinaus volle Geschäftsfähigkeit erforderlich; denn die Rechtsordnung will gewährleisten, daß nur solche Personen am Rechtsverkehr teilnehmen, die auf Grund ihrer geistigen Reife ihre Interessen selbst wirksam wahrnehmen können. Die volle Geschäftsfähigkeit ist daher grundsätzlich ein besonderes Element der Rechtsgeschäfte im eigenen Namen, und zwar, im deutschen Recht, eine Wirksamkeitsvoraussetzung, im französischen Recht, ein Gültigkeitserfordernis. Deshalb ist die Sanktion einer Beschränkung der vollen Geschäftsfähigkeit im deutschen Recht regelmäßig die Unwirksamkeit,¹⁾ im französischen Recht die nullité des Rechtsgeschäfts.

Zweck des Erfordernisses der vollen Geschäftsfähigkeit ist der Schutz der unreifen Personen. Dieser Schutz wird von der Rechtsordnung in verschiedener Weise verwirklicht, je nach der Gruppe der schutzbedürftigen Personen und der Gefährlichkeit der vorzunehmenden Rechtsgeschäfte. Es ergibt sich daher im einzelnen folgende Regelung.

1. Normale Minderjährige, mineurs non émancipés.

Hierzu zählen im deutschen Recht alle Personen, die das 7., aber noch nicht das 21. Lebensjahr vollendet haben, § 2 BGB, bzw. für volljährig erklärt sind, § 3 f BGB. Im französischen Recht sind mineurs alle Personen, die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet

1) Dies ist eine Neuerung des BGB. Die ältere Sanktion der Ungültigkeit findet sich noch heute bei der Ehe in Form der Aufhebbarkeit, § 30 EheG.

haben, art. 388 cciv. Die Berechnung des Alters erfolgt im deutschen Recht nach Tagen, § 187 Abs.2 BGB, im französischen Recht nach Stunden.¹⁾ Da im französischen Recht Kinder, die den Gebrauch der Vernunft noch nicht erlangt haben, geschäftsunfähig sind,²⁾ ist die untere Altersgrenze der minorité praktisch nicht, wie nach dem Code civil, die Geburt, sondern die Erlangung der Vernunft, also ein im Einzelfall festzustellendes Alter. Eine Volljährigkeitserklärung kennt das französische Recht nicht. Die Minderjährigen haben im deutschen und französischen Recht einen gesetzlichen Vertreter. Dieser ist in erster Linie der Träger der elterlichen Gewalt, § 1626 f BGB, art. 389 f cciv, ersatzweise ein Vormund, § 1773 BGB, art. 450 cciv.

- a) Grundsätzlich ist es erforderlich, aber auch ausreichend, daß der gesetzliche Vertreter bei allen Rechtsgeschäften des Minderjährigen mitwirkt. Diese Mitwirkung besteht in der Regel darin, daß der gesetzliche Vertreter als solcher handelt, d. h. das Rechtsgeschäft im Namen des Minderjährigen vornimmt; dies ist der Normalfall, besonders bei jüngeren Minderjährigen, und wird im französischen Recht auch als der gesetzliche Normalfall angesehen.³⁾ Das deutsche Recht, § 107 BGB, dagegen geht von der anderen Mitwirkungsform aus, die bei älteren Minderjährigen praktisch die Regel sein dürfte, daß nämlich der Minderjährige selbst das Rechtsgeschäft vornimmt, aber mit Einwilligung des gesetzlichen Vertreters. Dieser er-

1) Lebrun "minorité - majorité", 3.

2) oben S.101.

3) Crome a.a.O. S.276. Ein solches Rechtsgeschäft ist, auch bei lésion, nicht mangelhaft; str. Aubry-Rau IV § 335 u.Anm.4 u. h.M. anders Windscheid a.a.O. S.233 f.

füllt dann eigentlich nur noch die Funktion eines Beistandes.¹⁾ Auch im französischen Recht muß die Einwilligung (autorisation) des gesetzlichen Vertreters als gleichwertig mit dessen persönlichem Handeln angesehen werden, arg.e.art. 1030 cciv.²⁾

Nimmt der Minderjährige ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters ein Rechtsgeschäft vor, so unterscheidet das deutsche Recht: Ist das Rechtsgeschäft ein einseitiges, so ist es endgültig und absolut unwirksam, § 111 Satz 1 BGB;³⁾ ist es dagegen ein Vertrag, so ist dieser schwebend unwirksam, § 108 Abs.1 BGB. Der Vertrag wird rückwirkend wirksam, wenn der gesetzliche Vertreter den Vertrag genehmigt, §§ 109 Abs.1, 184 Abs.1 BGB, oder wenn der Minderjährige den Vertrag mit Taschengeld erfüllt, § 110 BGB. Die Verweigerung der Genehmigung hat entsprechend die endgültig-absolute Unwirksamkeit des Vertrages zur Folge.³⁾ Das deutsche Recht berücksichtigt weitgehend auch die Interessen des Geschäftsgegners des Minderjährigen, indem es ihm Mittel zur Beseitigung der Unklarheit über das Vorliegen der Zustimmung, zur Abkürzung des Schwebezustandes und zum Schutz gegen unerkannte Minderjährigkeit gibt, §§ 108 Abs.2, 109, 111 Satz 2 BGB.

Im französischen Recht sind die vom Minderjährigen allein vorgenommenen Rechtsgeschäfte theoretisch relativ nul.⁴⁾ Dieses Ergebnis wird aber in zweifacher Hinsicht praktisch abgeändert.

1) von Tuhr II 1 S.343.

2) Aubry-Rau IV § 335 u. Anm.5.

3) Lehmann § 28 A III 2 b; von Tuhr II 1 S.347 sprechen von Nichtigkeit; ist die Wirkung auch dieselbe, so ist diese Identifizierung doch abzulehnen, da die Zustimmung nur Wirksamkeitsvoraussetzung ist, Enneccerus-Nipperdey § 152 I 2.

4) Morandière I 1676.

Einmal heilt wohl auch im französischen Recht das Rechtsgeschäft durch die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters,¹⁾ so daß zunächst ebenfalls ein Schwebezustand besteht. Aber auch bei fehlender oder versagter Genehmigung ist das Rechtsgeschäft des Minderjährigen nur dann mangelhaft mit der Folge der rescision, wenn es für diesen lesionär ist, art. 1125, 1305 cciv.²⁾ Minor restituitur non tamquam minor, sed tamquam laesus. Es kommt also darauf an, ob das Rechtsgeschäft im Einzelfall für den Minderjährigen nachteilig ist, während das deutsche Recht eine generelle, abstrakte Abgrenzung vornimmt. Bei der Beurteilung der lésion wird nicht nur auf die Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung abgestellt, sondern auch auf die Nützlichkeit des Geschäfts unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse des Minderjährigen.³⁾ Eine unvorhersehbare lésion bleibt außer Betracht, art. 1306 cciv. Auch muß der Minderjährige die lésion beweisen.⁴⁾ Das französische Recht schützt also den Geschäftsgegner des Minderjährigen dadurch in gewisser Weise, daß es auf seine Redlichkeit gegenüber dem Minderjährigen abstellt. Ähnliche Mittel wie das deutsche Recht in § 108 f BGB gibt das französische Recht dem Gegner jedoch nicht. Dieser ist gebunden und muß 10 Jahre lang mit der rescision rechnen, art. 1305 cciv. Bei der Erfüllung an einen minderjährigen Gläubiger muß dagegen der Schuldner beweisen, daß nicht nur keine lésion vorliegt, sondern darüberhinaus die Leistung zum Vorteil des Min-

1) so wohl Planiol-Ripert VI 170; vgl. auch art. 1311 cciv u. 1338 cciv.

2) Aubry-Rau IV § 335; Planiol-Ripert VI 79; de Page I 78; Morandière I 1676.

3) de Page I 78, 2 c; Planiol-Ripert VI 286.

4) Aubry-Rau IV § 335 u. Anm. 10; Ripert "lésion" 5.

derjährigen gereichte, art. 1241, 1312 cciv. Verschleudert der Minderjährige die empfangene Leistung, so trägt der Gegner die Gefahr.¹⁾ Ein ähnliches Ergebnis kommt allerdings auch im deutschen Recht dadurch zustande, daß der Wegfall der Bereicherung den Minderjährigen von der Rückgabepflichtung aus § 812 befreit; denn der Eigentumserwerb am Leistungsgegenstand ist als rechtlich lediglich vorteilhaftes Rechtsgeschäft stets wirksam und § 819 BGB ist auf Minderjährige nicht anwendbar.²⁾ Eine Schadensersatzpflicht eines dolos handelnden Minderjährigen ist im deutschen und französischen Recht möglich,³⁾ wenn auch die Deliktsfähigkeit in beiden Rechtsordnungen verschieden ist.⁴⁾

- b) Ausnahmsweise ist die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters für bestimmte Rechtsgeschäfte nicht erforderlich, so daß diese Rechtsgeschäfte vom Minderjährigen allein wirksam vorgenommen werden können. Im deutschen Recht gehören hierher vor allem die rechtlich nur vorteilhaften und die rechtlich indifferenten Rechtsgeschäfte, arg.e. § 107 BGB. Das sind Rechtsgeschäfte, wie die Annahme einer Schenkung oder einer Verzichtserklärung, der dingliche Erwerb durch Tradition oder Zession, die Übertragung fremder Rechte mit Einwilligung,⁵⁾ durch die der Minderjährige weder ein Recht aufgibt noch unmittelbar eine Pflicht übernimmt. Eine ähnliche Bedeutung haben im französischen Recht die sog. actes conser-

1) Planiol-Ripert VI 323; de Page I 78, 2 c.

2) Lehmann § 28 A III 2 a.

3) Lehmann § 28 A III 2 a; de Page I 82; einschränkend art. 1307 cciv.

4) § 828 BGB, im französischen Recht immer Tatfrage, Carbonnier II 177.

5) Enneccerus-Nipperdey § 151 II 1; Lehmann § 28 A III 2 a.

vatoires.¹⁾ Darunter sind Rechtsgeschäfte zu verstehen, die zur Erhaltung eines Rechts oder zur Abwendung eines drohenden Rechtsverlusts dienen, wie die Durchführung der Transcription oder Inskription, die Unterbrechung einer Verjährung. Diese Akte kann der Minderjährige allein machen.

Weiter kann der Minderjährige im deutschen und französischen Recht gewisse höchstpersönliche Rechtsgeschäfte allein wirksam vornehmen, so das Testament ab 16 Jahren, § 2229 Abs.1 u. 2 BGB, art. 904 cciv, im französischen Recht ferner die Anerkennung eines unehelichen Kindes,²⁾ während bei der Adoption ab 16 Jahren, art. 358, 347 Abs.1 cciv, der Eheschließung, art. 148 f und dem Ehevertrag, art. 1398 zwar nicht die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters, aber die Einwilligung der Eltern erforderlich ist. Ähnlich ist im deutschen Recht bei der Eheschließung, § 3 EheG und dem Ehevertrag, § 1411 BGB, zwar die gesetzliche Vertretung, nicht aber die Mitwirkung in Form der Einwilligung ausgeschlossen, so daß der Vertreter notwendig zum Beistand wird.³⁾ Dagegen sind auch von dem Erfordernis der Zustimmung frei die Rechtsgeschäfte der §§ 1595 Abs.1, 1729 Abs.3, 1748 Abs.2, 1755, 2347 Abs.2 BGB. Im französischen Recht kann der Minderjährige schließlich noch wirksam allein Spareinlagen bei Sparkassen und Bausparkassen machen und einer Gewerkschaft beitreten.

Praktisch kann man hierher im deutschen Recht die Verträge, die der Minderjährige mit Taschengeld erfüllt, im französi-

1) Morandière I 1672; Dalloz "acte conservatoire".

2) Morandière I 1670.

3) von Tuhr II 1 S.343.

4) Planiol-Ripert VI 79; Morandière I 1672.

schen Recht die nicht nachteiligen Verträge zählen, da sie ebenfalls ohne Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters wirksam sind.

- c) Ebenfalls ausnahmsweise genügt bei bestimmten Rechtsgeschäften die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters nicht, sondern es ist darüberhinaus erforderlich, daß weitere Instanzen mit dem Rechtsgeschäft einverstanden sind. Diese Vorsichtsmaßregeln schreibt das deutsche und französische Recht in erster Linie dem Vormund (tuteur) vor, dehnt sie aber zum Teil auch auf die Eltern aus, § 1643 BGB, art. 389 § 1 Abs.8 cciv. Die weitere Instanz, deren Mitwirkung außer der des gesetzlichen Vertreters erforderlich ist, ist im deutschen Recht hauptsächlich das Vormundschaftsgericht, daneben in einigen Fällen der Gegenvormund; im französischen Recht in erster Linie der Familienrat sowie das tribunal de grande instance. Beim Familienrat verlangt der Code civil die vorherige Zustimmung (autorisation), beim Gericht die nachträgliche Bestätigung (homologation). Das BGB verlangt beim Gegenvormund oder Vormundschaftsgericht die Genehmigung im Sinne von Zustimmung.¹⁾ Die Rechtsgeschäfte, für die diese besonderen Vorschriften gelten, sind im deutschen und französischen Recht die Verfügungen über Grundstücke des Minderjährigen, § 1822 Nr.1 BGB, art. 457 Abs.1 cciv, die Aufnahme eines Darlehens, § 1822 Nr.8 BGB, art. 457 Abs.1 cciv, die Ausschlagung einer Erbschaft, § 1822 Nr.2 BGB, art. 461 cciv, die Erbauseinandersetzung, § 1822 Nr.2 BGB, art. 465 cciv, der Vergleich, § 1822 Nr.12 BGB, art. 467 cciv, der noch weitere Erfordernisse vorsieht, und die Verfügung über Wertpapiere, § 1812 BGB, art.1, 2, 10 des Gesetzes vom 27.2.1880.²⁾ Im französischen Recht gehören eigenartigerweise

1) dies ergibt sich aus § 1831 Satz 1 BGB, wonach die Genehmigung schon bei Vornahme des Geschäfts vorliegen muß.

2) abgedruckt in Dalloz, Code civil annoté, nach art.487.

auch die Annahme einer Schenkung oder einer Erbschaft, art. 463, 461 cciv hierher,¹⁾ während die übrigen Vorschriften der §§ 1821, 1812 f BGB im französischen Recht keine Entsprechung haben, soweit nicht ein Verbot, unten d, vorliegt.

Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung ist im deutschen Recht eine weitere Wirksamkeitsvoraussetzung des Rechtsgeschäfts. Ihr Fehlen hat dieselben Folgen wie die fehlende Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters: Bei einseitigen Rechtsgeschäften tritt endgültig-absolute Unwirksamkeit ein, § 1831 BGB, bei Verträgen schwebende Unwirksamkeit, § 1829 BGB.

Im französischen Recht ist die Mitwirkung von Familienrat und Tribunal ein Gültigkeitserfordernis, das von der französischen Lehre als Formvorschrift, sog. forme habilitante, angesehen wird. Ihr Fehlen macht das Rechtsgeschäft nul en la forme, art. 1311. Darunter wird die nullité relative verstanden, auf die sich nur der Minderjährige oder sein gesetzlicher Vertreter berufen kann.²⁾ Auf eine lésion kommt es hier nicht an.³⁾ Auch wenn sie fehlt, kann der Akt annulliert werden. Umgekehrt ist eine lésion dann unbeachtlich, wenn die Formen eingehalten sind.

- d) Gewisse Rechtsgeschäfte sind dem gesetzlichen Vertreter verboten und daher bei Minderjährigen überhaupt unmöglich; so im

1) art. 464 betrifft Prozeßhandlungen.

2) Planiol-Ripert VI 79; Zachariae § 315 Anm. 4; Morandière I 1677, II 756; Planiol II 1086; de Page I 78; Ponsard "nullité" 104.

3) Planiol I 1962; II 1083.

deutschen und französischen Recht die Schenkung, § 1804 BGB, arg.art.903 cciv.¹⁾ Die Sanktion ist im deutschen Recht die Nichtigkeit,²⁾ im französischen Recht die nullité relative.³⁾ Im französischen Recht gehören hierher weiter die Bürgschaft,⁴⁾ der Erwerb eines Handelsgeschäfts⁵⁾ und der Schiedsvertrag,⁶⁾ die im deutschen Recht mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts möglich sind, § 1822 Nr.10, 3, 12 BGB, sowie die uneingeschränkte Erbschaftsannahme, art.461 Abs.2 cciv.⁷⁾, die im deutschen Recht zur Gruppe a gehört.

2. Minderjährige mit erweiterter Geschäftsfähigkeit.

- a) Hierher gehören im französischen Recht die mineurs émancipés. Die Emanzipation, art.476 f cciv, bewirkt, daß der Minderjährige von der elterlichen Gewalt bzw. der Vormundschaft befreit wird und daß damit auch die gesetzliche Vertretung aufhört.⁸⁾ Dem emanzipierten Minderjährigen wird dafür ein Pfleger, curateur, beigegeben, der ihm für gewisse Rechtsgeschäfte Beistand (assistance) leistet; dieser Beistand beschränkt sich in der Regel auf die Zustimmung.⁹⁾ Daneben besteht die Institution des Familienrats und des Tribunals auch für Emanzipierte fort.

-
- 1) Gewohnheitsrecht, Planiol I 1906; Lebrun "minorité-majorité" 14.
 - 2) Palandt Komm. § 1804 Anm.1.
 - 3) Lebrun "minorité-majorité" 17.
 - 4) Planiol I 1929.
 - 5) Planiol I 1830.
 - 6) Planiol I 1956.
 - 7) Planiol I 1938.
 - 8) Morandière I 1702.
 - 9) Planiol I 2010.

- α) Die sog. *actes d'administration* kann der Emanzipierte wirksam allein vornehmen, art.481 *odv.* Darunter sind alle Rechtsgeschäfte zu verstehen, die der normalen Verwaltung des Vermögens dienen, ohne in dessen Substanz einzugreifen:¹⁾ Verpachtung bis zu 9 Jahren, Entgegennahme und Quittierung der Einkünfte, Kauf von zur Bewirtschaftung notwendigen Dingen, Verkauf der Ernte, Abschluß von Arbeitsverträgen²⁾ und alle Geschäfte des täglichen Lebens. Diese Rechtsgeschäfte unterliegen auch nicht der *rescision* wegen *lésion*, art.481 *cciv.* Jedoch sind übermäßige Verpflichtungen gerichtlich herabsetzbar, art.484 Abs.2 *cciv.*³⁾ Dies ist aber nicht dasselbe wie die *rescision* wegen *lésion*.⁴⁾
- β) Für die Entlastung des Vormunds, art.480 *cciv*, die Erbschaftsteilung, art.840 *cciv*, die Entgegennahme einer Kapitalsumme als Erfüllung, art.482 *cciv*, die Anlegung dieser Kapitalsumme, art.482 *cciv*, die Verfügung über Wertpapiere⁵⁾ und einige Prozeßhandlungen, art.482 *cciv*,⁶⁾ bedarf der Emanzipierte des Beistands seines *curateur*. Fehlt es daran, so ist bei *lésion* die rescision des Rechtsgeschäfts möglich.⁷⁾ War der Beistand erfolgt, so ist auch bei *lésion* keine *rescision* möglich; die Rechtsprechung wendet jedoch art.484 Abs.2 an.⁸⁾

1) Morandière I 1704; Planiol-Ripert I 638 f; de Page I 78, 3.
2) Planiol-Ripert VI 79.
3) Zachariae § 315 Anm.4 II 1 a; Aubry-Rau IV § 335 Anm.7.
4) Morandière I 1716.
5) Planiol I 2023, arg.e.art.4 des Gesetzes vom 27.2.1880, vgl. oben S.151.
6) Planiol I 2025/6.
7) Zachariae § 315 Anm.4 II 2 a; Aubry-Rau IV § 335 u. Anm.6 u.8.
8) Morandière I 1716.

- y) Für die schwerwiegenden Rechtsgeschäfte, für die beim normalen Minderjährigen die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters nicht genügt, bedarf auch der Emanzipierte der Zustimmung von Familienrat bzw. Tribunal, art. 484 Abs. 1 cciv.¹⁾ Fehlt es daran, so tritt nullité relative ein.²⁾
- δ) Ein Emanzipierter, der selbst ein Handelsgewerbe betreibt, wird hinsichtlich seiner Handelsgeschäfte wie ein voll Geschäftsfähiger behandelt, art. 487, 1308 cciv, 2, 3 ccom.³⁾ Lediglich die Veräußerung von Grundstücken ist ausgenommen, art. 6 ccom.
- b) Das deutsche Recht kennt eine Emanzipation nicht und ersetzt sie hauptsächlich durch die Volljährigkeitserklärung. Daneben erreicht das BGB in den praktisch bedeutsamsten Fällen des Arbeitsverhältnisses und des Erwerbsgeschäfts eine ähnliche Wirkung durch die Ermächtigungen der §§ 112 und 113. Es handelt sich in beiden Fällen um echte Erweiterungen der Geschäftsfähigkeit,⁴⁾ wenn § 113 BGB auch vom Gesetzgeber noch als Fall des Generalkonsenses angesehen wurde.⁵⁾ Insofern als der Minderjährige unbeschränkt geschäftsfähig ist, ist der gesetzliche Vertreter ausgeschaltet,⁶⁾ im übrigen bleibt er, im

1) Morandière I 1708.

2) Zachariae § 315 Anm. 4 II 2 b; Aubry-Rau IV § 334 u. Anm. 13 u. 14.

3) Morandière I 1702, 1712; de Page I 78, 3; Planiol-Ripert VI 79.

4) Enneccerus-Nipperdey § 151 III 4; Lehmann § 28 A IV.

5) Motive I S. 143 u. 145.

6) Enneccerus-Nipperdey § 151 III 4 c.

Gegensatz zur Emanzipation, in Funktion. Die erweiterte Geschäftsfähigkeit erstreckt sich nicht auf die schwerwiegenden Geschäfte, bei denen die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich ist, §§ 112 Abs.1 Satz 2, 113 Abs.1 Satz 2 BGB. Darin liegt, insbes. beim minderjährigen Kaufmann, ein Unterschied zum französischen Recht, das diese Einschränkung in art. 487 cciv nicht macht.

3. Volljährige mit beschränkter Geschäftsfähigkeit.

- a) Im deutschen Recht fallen unter diese Kategorie die Personen, die wegen Geistesschwäche bzw. geringerer Geisteskrankheit,¹⁾ Verschwendung oder Trunksucht entmündigt sind, § 6 BGB, sowie die nach § 1906 BGB unter vorläufige Vormundschaft gestellten Personen. Alle diese Personen erhalten einen Vormund als gesetzlichen Vertreter. Sonstige Gebrechlichkeit, die nach § 1910 BGB zur Bestellung eines Pflegers führen kann, beschränkt die Geschäftsfähigkeit dagegen nicht.²⁾

Im französischen Recht gehören hierher die Personen, die wegen ihrer Geistesschwäche zwar nicht entmündigt sind, aber einen Rechtsbeistand (conseil judiciaire) zugeordnet erhielten, art. 499 cciv, und die Verschwender, denen ebenfalls ein conseil judiciaire gerichtlich zugewiesen werden kann, art. 513 f cciv. Die Trunksucht wird vom Code civil nicht eigens aufgeführt, es ist aber anerkannt, daß sie, ebenso wie andere schwere körperliche oder geistige Gebrechen, zu einer tatsächlichen Unfähigkeit zur Besorgung seiner Angelegenheiten führen kann und dann unter den Begriff der Geistes- oder Willensschwäche fällt.³⁾

1) Lehmann § 28 A III 1 b.

2) Lehmann § 57 III 1.

3) Desbois "conseil judiciaire" 8; Morandiére I 1764.

Der conseil judiciaire hat nicht die Funktion eines gesetzlichen Vertreters, sondern eines Beistands, wie der curateur.¹⁾

- b) Dieser Personenkreis steht im deutschen Recht den normalen Minderjährigen gleich, §§ 114, 1897 BGB; ihre Rechtsgeschäfte sind daher grundsätzlich unwirksam. Ausnahmsweise können sie auch kein Testament errichten, § 2229 Abs.3 BGB.

Im französischen Recht ist die Stellung dieses Personenkreises besonders, ähnlich wie bei den emanzipierten Minderjährigen geregelt.²⁾ Nach art.499, 513 cciv können sie ohne Mitwirkung des Rechtsbeistandes nicht klagen, einen Vergleich abschließen, ein Darlehen aufnehmen, eine Kapitalschuld entgegennehmen, ihre beweglichen oder unbeweglichen Sachen veräußern und ihre Grundstücke belasten.³⁾ Darüberhinaus verlangt die Rechtsprechung die Mitwirkung des Rechtsbeistands auch für alle Obligationen, soweit sie nicht unter den Begriff der actes d'administration fallen,⁴⁾ ebenso wie sie andererseits Veräußerungen, die als actes d'administration anzusehen sind, bestehen läßt.⁵⁾ Im übrigen bleiben diese Personen jedoch grundsätzlich voll geschäftsfähig, insbes. können sie wirksam ein Testament errichten, eine Erbschaft annehmen oder ausschlagen, eine Lebensversicherung eingehen und sogar, was allerdings bestritten ist, Schenkungen machen.⁶⁾ Wenn die erforderliche Mitwirkung des conseil judiciaire fehlt, so tritt nullité rela-

1) Planiol I 2121.

2) Planiol-Ripert VI 83; Morandière I 1781.

3) Morandière I 1768 f; Planiol I 2125 f; Desbois "conseil judiciaire" 65 f.

4) Morandière I 1775; Planiol I 2136; Desbois "conseil judiciaire", 102 f.

5) Planiol I 2127.

6) Morandière I 1774; Planiol I 2140.

tive ein.¹⁾ Daneben wendet die Rechtsprechung art.484 Abs.2 analog an, also die Reduktion.²⁾ Beide Sanktionen können auch vom Rechtsbeistand geltend gemacht werden.³⁾

7. Kapitel: Die Rechtsgeschäfte in fremdem Namen.

Das deutsche und französische Recht kennen das Institut der Stellvertretung, représentation. Darunter ist zu verstehen die Vornahme eines Rechtsgeschäfts, dessen Wirkung nicht in der Person dessen, der die Willenserklärung abgibt oder empfängt, sondern in der Person eines Dritten eintreten soll.⁴⁾ Der Erklärende bzw. Erklärungsempfänger heißt Vertreter, représentant, der Dritte, den die Wirkung des Geschäfts treffen soll, heißt Vertretener, représenté.

1. Wesentlich für das Vorliegen von Stellvertretung ist, daß der Vertreter das Rechtsgeschäft aus eigenem Willensentschluß vornimmt; der Bote, der die Erklärung des Geschäftsherrn überbringt, oder für diesen entgegennimmt, ist kein Vertreter.⁵⁾ Da die Willenserklärung vom Vertreter ausgeht, kommt es auf dessen Person an, soweit Willensmängel oder Gutgläubigkeit eine Rolle spielen, § 166 Abs.1 BGB, was auch für das französische Recht sinngemäß gilt.⁶⁾ Der Mangel voller Geschäftsfähigkeit des Vertreters ist jedoch unbeachtlich, § 165 BGB, da die Wirkungen des Rechtsgeschäfts den Vertreter nicht betreffen sollen.⁷⁾ Der Bote dagegen

1) Morandière I 1779; Planiol I 2143; Desbois "conseil judiciaire" 119 f.

2) Planiol I 2136.

3) Planiol-Ripert VI 83, I 768.

4) Enneccerus-Nipperdey § 178 I; Lehmann § 36 I; Boulanger "représentation" 1; Planiol-Ripert VI 54.

5) Enneccerus-Nipperdey § 178 II 1; Lehmann § 36 I 1; Planiol-Ripert VI 56 f; Boulanger "représentation" 6.

6) Planiol-Ripert VI 57; Capitaint 320; etwas anders art.23 du projet, Travaux 1947/8 S.341.

7)

kann auch geschäftsunfähig sein, da er nur Werkzeug ist.¹⁾

2. Wesentlich für das Vorliegen echter Stellvertretung ist ferner, daß der Vertreter das Rechtsgeschäft in fremdem Namen vornimmt.²⁾ Es genügt nicht allein der Vertretungswille, dieser muß auch erklärt werden oder doch erkennbar hervortreten, insbesondere sich aus den Umständen ergeben.³⁾ Handelt der Vertreter nicht im Namen des Vertretenen, so wird er selbst Partei des Rechtsgeschäfts.⁴⁾ Es kann dann aber indirekt Stellvertretung vorliegen, *représentation imparfaite ou médiate*.⁵⁾ Das BGB und auch der Reformentwurf zum Code civil bezeichnen nur die offene Stellvertretung als Vertretung als Vertretung, während der Code civil durch seine Vermengung von Auftrag und Vertretung keine klare Entscheidung trifft.
3. Nicht wesentlich für das Vorliegen der Vertretung und damit eines Rechtsgeschäfts in fremdem Namen, jedoch Voraussetzung für deren Wirksamkeit ist es, daß der Vertreter mit Vertretungsmacht handelt.⁶⁾

a) Die Vertretungsmacht kann auf Gesetz, Satzung, Gerichtsbe-

-
- 1) Enneccerus-Nipperdey § 178 II 1 b; Morandiére I 1671.
2) Enneccerus-Nipperdey § 178 II 2; Lehmann § 36 I 1 b; Colin-Capitant I 76; Planiol-Ripert VI 56, 61.
3) § 164 BGB, art. 29 du projet, Travaux 1947/8 S. 342; Boulanger "représentation" 12, 13; Rodière "mandat" 327.
4) Lehmann § 36 IV 2 b; Capitant 318; Crome a.a.O. S. 271; Req., 3.5.1893, DP 93, 1, 567.
5) Enneccerus-Nipperdey § 179; Carbonnier II 136.
6) Enneccerus-Nipperdey § 178 IV; Oertmann a.a.O. S. 210 f; Planiol-Ripert VI 56, 62; Boulanger "représentation" 17.

schluß oder Vollmacht beruhen.¹⁾ Die gesetzliche Vertretungsmacht haben die Eltern für die minderjährigen Kinder, der Vormund für den Mündel, obwohl bei letzterem meist eine Bestellung durch das Vormundschaftsgericht, § 1789 BGB, bzw. den Familienrat, unter Vorsitz eines Richters, art. 405 f cciv erfolgt, so daß man von einer übertragenen Vertretungsmacht sprechen könnte. Vertretungsmacht kraft Satzung haben die Organe der juristischen Personen, z.B. § 26 BGB; doch schreibt auch hier das Gesetz die Vertretung vor. Eine Vertretungsmacht kraft Gerichtsbeschluß, représentation judiciaire, kennt das deutsche Recht beim Konkursverwalter, doch kann man diese ebenfalls als gesetzliche Vertretung ansehen; im französischen Recht zählt man hierher den Sequester, art. 1961 cciv, 806 cprocciv. Bedeutsam ist vor allem die durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht. Die Vollmacht ist im deutschen Recht als Unterfall der Einwilligung²⁾ ein einseitiges Rechtsgeschäft. Sie kann gegenüber dem Vertreter oder dem Geschäftsgegner erteilt werden und ist empfangsbedürftig.³⁾ Sie kann aber auch durch eine öffentliche Bekanntmachung an eine unbestimmte Personenmehrheit erteilt werden.⁴⁾ Sie ist regelmäßig, aber nicht notwendig, Begleitscheinung eines Auftrags oder ähnlichen Vertragsverhältnisses, aber von diesem grundsätzlich unabhängig;⁵⁾ sie erlischt lediglich im Zweifel mit diesem, § 168 Satz 1 BGB. Im französi-

1) Enneccerus-Nipperdey § 180; Lehmann § 36 IV 4 a; Colin-Capitant I 76, art. 21 du projet, Travaux 1947/8 S.341.

2) Lehmann § 36 V 1.

3) Lehmann § 36 V 2 a; Enneccerus-Nipperdey § 184 II 2.

4) Enneccerus-Nipperdey § 184 II 2.

5) Enneccerus-Nipperdey § 184 III 2; Lehmann § 36 V 3.

schen Recht ist die Vollmacht ein Vertrag;¹⁾ diese Ansicht beruht auf art.1984 Abs.2 cciv, der noch nicht zwischen Auftrag und Vollmacht unterscheidet. Während die neuere französische Lehre zwar die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht von dem zugrunde liegenden Vertragsverhältnis unterscheidet,²⁾ sieht sie doch nach wie vor die Vertretung noch als Vertrag zwischen Vertreter und Vertretenem an; auch der Reformentwurf hält daran fest.³⁾ Die Vollmacht bedarf im französischen Recht auch stets der Form des vorzunehmenden Rechtsgeschäfts,⁴⁾ während dies im deutschen Recht grundsätzlich nicht der Fall ist, § 167 Abs.2 BGB. Im übrigen ist die Vollmacht in beiden Rechtsordnungen im Zweifel frei widerruflich, § 168 Satz 2 BGB, art.2004 cciv, und endet auch durch den Tod des Vollmachtgebers oder Bevollmächtigten, §§ 168 Satz 1, 672 Satz 1, 673 Satz 1 BGB,⁵⁾ art.2003 cciv. Das deutsche und französische Recht kennen einen Schutz gutgläubiger Dritter an das Fortbestehen einer erloschenen Vollmacht, §§ 169, 170, 171 Abs.2, 172 Abs.2, 173, 674, 675, 729 BGB, art.2005, 2008, 2009 cciv,⁶⁾ und darüberhinaus den Schutz des guten Glaubens an eine Scheinvollmacht.⁷⁾

- b) Fehlt dem Vertreter die Vertretungsmacht, so ist das Rechtsgeschäft im fremden Namen unwirksam.

1) Boulanger "représentation" 18.

2) Boulanger "représentation" 2; Planiol-Ripert VI 55.

3) art.21 du projet, Travaux 1947/8 S.341.

4) Capitane 320; Planiol-Ripert VI 62, 54, art.34 du projet, aaO.S. 343.

5) gegen dessen Vermutung Enneccerus-Nipperdey § 186 V 1.

6) Enneccerus-Nipperdey § 187 II 1, 2; Planiol-Ripert VI 62; art.26 du projet a.a.O. S.342.

7) Enneccerus-Nipperdey § 187 II 3; Lehmann § 36 V 2 a B; Planiol-Ripert VI 63.

Im deutschen Recht ist bei einem einseitigen Rechtsgeschäft die Vertretung ohne Vertretungsmacht unzulässig, § 180 Satz 1. Damit ist wohl, ähnlich wie in § 174 Satz 1, 111. Satz 1 die endgültig-absolute Unwirksamkeit gemeint, und nicht die Nichtigkeit,¹⁾ was sich auch daraus ergibt, daß die Vertretungsmacht Wirksamkeitsvoraussetzung, nicht aber Gültigkeits-erfordernis ist. Ausnahmsweise tritt in den Fällen des § 180 Satz 2 und 3 nur schwebende Unwirksamkeit ein, da hier der Schwebezustand dem Geschäftsgegner zumutbar ist. Bei Verträgen tritt stets zunächst schwebende Unwirksamkeit ein, § 177 Abs.1 BGB. Der Vertrag wird rückwirkend wirksam, wenn der Vertretene ihn genehmigt, er wird endgültig unwirksam, wenn der Vertretene nicht genehmigt, im Falle der Aufforderung zur Erklärung durch die andere Partei dieser gegenüber genehmigt, § 177 Abs.2 Satz 1 BGB, oder nicht innerhalb von zwei Wochen genehmigt, § 177 Abs.2 Satz 2 BGB. Das BGB schützt die andere Partei des Vertrags weiter dadurch, daß es ihr bis zur Genehmigung ein Widerrufsrecht einräumt, § 178 BGB.

Im französischen Recht findet sich keine eindeutige Bezeichnung des bei Vertretung ohne Vertretungsmacht eintretenden Wirkungsmangels. Art.1998 cciv spricht davon, daß der Vertretene nicht gebunden ist. In der Lehre wird meist von inopposabilité gegenüber dem Vertretenen, inefficacité, imperfection, jedoch bezeichnenderweise nicht von nullité gesprochen.²⁾ Der Reformentwurf begnügt sich damit zu sagen, daß keine Vertretung vorliege.³⁾ In Wirklichkeit liegt hier ebenfalls schwebende Unwirksamkeit vor, wenn auch dieser Begriff der Lehre un-

1) so aber Enneccerus-Nipperdey § 183 II.

2) Boulanger "porte-fort", 15, "représentation", 22, 17.

3) art.25 Abs.1 du projet, Travaux 1947/8 S.342.

bekannt ist. Die vom Vertreter ohne Vertretungsmacht geschlossenen Verträge werden für den Vertretenen verbindlich, wenn dieser sie genehmigt (ratifiziert), art.1998 Abs.2 cciv. Die Genehmigung hat Rückwirkung.¹⁾ Sie ist einseitiges Rechtsgeschäft und kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen.²⁾ Wird sie verweigert oder ist sie nicht möglich, so wird der Vertrag endgültig unwirksam, hinfällig (caduc), wie wenn eine aufschiebende Bedingung ausfällt.³⁾ Die einseitigen Rechtsgeschäfte werden im französischen Recht nicht anders, sondern ebenso wie die Verträge behandelt. Der Reformentwurf dehnt die Möglichkeit der ratification auf alle actes juridiques aus.⁴⁾ Besondere Schutzvorschriften im Interesse der anderen Partei kennt das französische Recht nicht, insbes. ist diese gebunden.⁵⁾ Eigenartigerweise ist im französischen Recht der Vertretene auch ohne Genehmigung gebunden, wenn der Vertrag für ihn nützlich ist, art.1375 cciv.⁶⁾ Im deutschen Recht kann aber auf Grund von §§ 683, 670, 257 BGB aus Geschäftsführung ohne Auftrag eine ähnliche Verbindlichkeit des Geschäftsherrn entstehen, allerdings nicht gegenüber der Gegenpartei, sondern nur im Innenverhältnis zum Vertreter ohne Vertretungsmacht.

- c) Das deutsche und französische Recht kennen eine persönliche Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht. § 179 BGB

-
- 1) Boulanger "ratification", 3.
2) Planiol-Ripert VI 64; Crome a.a.O. S.272.
3) Boulanger "porte-fort" 36, 38.
4) art.25 Abs.2 du projet a.a.O. S.342.
5) Crome a.a.O. S.273;
6) Boulanger "porte-fort" 13; Planiol-Ripert VI 64, dagegen Crome a.a.O. S.271 Anm.14.

stellt auf die Gutgläubigkeit von Vertreter und Geschäftsgegner ab. Eine Haftung tritt nur ein, wenn der Geschäftsgegner den Mangel der Vertretungsmacht weder kannte noch kennen mußte, § 179 Abs.3 Satz 1 BGB. Ist dies der Fall, so haftet der gutgläubige Vertreter, der den Mangel seiner Vertretungsmacht nicht kannte, für das negative Interesse, § 179 Abs.2 BGB, während der bösgläubige Vertreter auf Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Anspruch genommen werden kann, § 179 Abs.1 BGB. Auf ein Verschulden kommt es dagegen nicht an.¹⁾ Ein in der Geschäftsfähigkeit beschränkter Vertreter wird vom BGB, § 179 Abs.3 Satz 2, mehr geschützt als ein gutgläubiger Geschäftsgegner. Im französischen Recht haftet ein Vertreter ohne Vertretungsmacht nur bei Verschulden, faute, art.1382 cciv.²⁾ Doch dürfte die Frage seiner Gutgläubigkeit bei der Prüfung seines Verschuldens eine große Rolle spielen. Auch schützt das französische Recht nur gutgläubige Geschäftsgegner,³⁾ wobei auch fahrlässige Unkenntnis den guten Glauben auszuschließen scheint. Der Reformentwurf sieht ebenfalls eine Schadensersatzpflicht des Vertreters ohne Vertretungsmacht vor.⁴⁾ Zwar enthält diese Bestimmung das Erfordernis der faute nicht ausdrücklich, doch sollte es nicht ausgeschaltet werden.⁵⁾ Eine weitgehende Haftung legt das französische Recht dem Vertreter ohne Vertretungsmacht auf, wenn er sich zur Herbeiführung der ratification verpflichtet hatte, sog.obligation de porte-fort.⁶⁾

1) Palandt Komm. § 179 Anm.1.

2) Planiol-Ripert VI 63; Crome a.a.O. S.271.

3) Planiol-Ripert VI 63.

4) art.25 Abs.4 du projet, Travaux 1947/8 S.342.

5) vgl. die Diskussion der Commission plénière, a.a.O. S.230.

6) Boulanger "porte-fort" 51 f; Carbonnier II 139.

In diesen Fällen kennt der Geschäftsgegner notwendig den Mangel der Vertretungsmacht, der Vertreter wird jedoch sein persönlicher Schuldner. Hier handelt es sich eigentlich um einen besonderen Vertrag, wie er auch im deutschen Recht möglich ist, der mit einer Vertretung ohne Vertretungsmacht oder auch einer Verfügung eines Nichtberechtigten in der Weise verbunden ist, daß entweder der Vertrag des porte-fort oder das Geschäft im Namen des Dritten zum Tragen kommt. Eines der beiden Geschäfte verliert notwendig seine Bedeutung.

4. Die Vertretung muß zulässig sein, damit ein Rechtsgeschäft in fremdem Namen zustande kommt. Grundsätzlich ist Stellvertretung bei allen Rechtsgeschäften möglich.¹⁾ Ausgenommen sind jedoch die höchstpersönlichen Rechtsgeschäfte des Familien- und Erbrechts, insbes. die Eheschließung und das Testament.²⁾ Hier würde eine Stellvertretung gegen die Rechtsordnung verstoßen, das Rechtsgeschäft im fremden Namen wäre ohne Rücksicht auf Vertretungsmacht nach allgemeinen Grundsätzen nichtig bzw. absolut nul.³⁾ Darüberhinaus bestehen Bedenken gegen die Zulässigkeit von Rechtsgeschäften, die ein Vertreter mit sich selbst als Partei oder Vertreter eines Dritten vornimmt, da hier regelmäßig eine Interessenkollision gegeben ist. Im deutschen Recht bestimmt § 181 BGB, daß diese Rechtsgeschäfte mit sich selbst grundsätzlich nicht vorgenommen werden können. Obwohl diese Ausdrucksweise des Gesetzes auf Nichtigkeit hindeutet, wird als Sanktion eines Verstoßes gegen das Verbot des sog. Selbstkontra-

1) Lehmann § 36 II; Planiol-Ripert VI 54; art. 20 du projet, Travaux 1947/8 S. 341.

2) Lehmann § 36 II 1; Enneccerus-Nipperdey § 178 V 1, 2; de Page I 31; Planiol I 299.

3) Enneccerus-Nipperdey § 182 I.

hierens lediglich schwebende Unwirksamkeit angenommen, die durch Genehmigung des Vertretenen heilen kann.¹⁾ Dieselbe Rechtsfolge tritt in den ähnlich gelagerten Fällen der §§ 456 und 457 BGB kraft Gesetzes ein, § 458 Abs.1 Satz 1 BGB. Ein Rechtsgeschäft in fremdem Namen mit sich selbst ist von vornherein wirksam bei Einwilligung des Vertretenen und bei Erfüllung einer Verbindlichkeit, § 181 BGB. Im französischen Recht werden die sog. *contrats avec soi-même* grundsätzlich für zulässig und wirksam gehalten, wobei bei Mißbräuchen eine Schadensersatzpflicht des Vertreters, art.1992 cciv, den Ausgleich schaffen soll.²⁾ Nur ausnahmsweise sind solche Rechtsgeschäfte unzulässig. Der wichtigste Fall ist art.450 Abs.3 cciv, der dem gesetzlichen Vertreter³⁾ Minderjähriger den Kauf oder die Pacht von Mündelsachen und den Erwerb von Forderungen gegen den Mündel verbietet. Bei Verstoß tritt *nullité relative* ein, diese Geschäfte können daher vom Vertretenen angefochten oder bestätigt werden. Wirksam dagegen ist z.B. die Erfüllung einer Verbindlichkeit.⁴⁾ Auch art.1596 cciv verbietet gewissen Vertretern insbes. auch Bevollmächtigten und Organen juristischer Personen den Erwerb von Gegenständen des Vertretenen durch Kauf oder Ersteigerung.⁵⁾ Dazu kommen noch Sondervorschriften außerhalb des Code civil.⁶⁾ Die Rechtsprechung legt alle diese Verbote weit aus und läßt stets *nullité relative* eintreten, um einen wirksamen Schutz des Vertretenen

1) Lehmann § 36 IV 4 c.

2) Planiol-Ripert VI 69, Morandière II 600; Aubry-Rau IV § 340 Anm. 1 bis.

3) nicht nur dem Vormund, art. 389 § 1 Abs.4 cciv. Analog für *curateurs*, *conseils judiciaires* Planiol-Ripert VI 70.

4) Planiol-Ripert VI 70.

5) Planiol-Ripert VI 71; Morandière II 601.

6) z.B. art.85 ocom, vgl. Planiol-Ripert VI 71 f; Morandière II 601.

zu gewährleisten.¹⁾ Der Reformentwurf sieht abweichend von der gegenwärtigen Rechtslage ein grundsätzliches Verbot von Stipulationen eines Vertreters mit sich selbst vor.²⁾ Solche Rechtsgeschäfte sollen vom Vertretenen genehmigt werden können und mit dessen Einwilligung von vornherein vorgenommen werden können. Die Rechtslage wäre also dieselbe wie in § 181 BGB, da der Begriff der Stipulation die Erfüllung einer Verbindlichkeit nicht mit umfaßt.

8. Kapitel: Bedingte Rechtsgeschäfte.

1. Begriff und Arten der Bedingung.

a) Es gibt bei vielen Rechtsgeschäften im deutschen und französischen Recht Umstände, seien es Ereignisse oder Zustände, von deren Vorliegen oder Nichtvorliegen die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts abhängt.³⁾ Diese Umstände kann man als Bedingungen im weiteren Sinn des Rechtsgeschäfts bezeichnen. Sie gehören nie zum Tatbestand im eigentlichen Sinn des Rechtsgeschäfts und daher ist dessen Existenz und Gültigkeit von ihnen unabhängig.⁴⁾ Dadurch unterscheiden sie sich von den Bedingungen im weitesten Sinn, die oft gemeint sind, wenn

1) Planiol-Ripert VI 71; Ponsard "nullité" 119.

2) art. 28 du projet, Travaux 1947/8 S. 342.

3) Anders die Befristung (terme), die nur die Ausübung, insbes. die Fälligkeit eines Rechts betrifft; im deutschen Recht strittig, Lehmann § 35 B I 2; Enneccerus-Nipperdey § 199 II; Aubry-Rau IV § 302 u. Anm. 40; Morandière II 1 699 f.

4) Oertmann Komm. Anm. 5 c vor § 104 BGB; Manigk "Tatsachen, jur.", 8; du Garreau "condition", 2, sie sind "modalités" des acte, Car-bonnier II 144.

man von Tatbestandsmerkmalen, wie der Form, als Bedingung eines Rechtsgeschäfts spricht. Dies tut vor allem das französische Recht mit seinen Bezeichnungen *conditions d'existence* und *conditions de validité*,¹⁾ konsequent müßte es daher die Bedingungen im weiteren Sinn als *conditions d'efficacite* bezeichnen.²⁾

- b) Die Bedingungen i.w.S. können echt oder unecht, rechtsgeschäftlich oder gesetzlich, aufschiebend oder auflösend sein. Die echte Bedingung ist ein zukünftiges, ungewisses Ereignis, die unechte dagegen ein gegenwärtiger oder vergangener Umstand. Diese *condicio in praesens vel praeteritum collata* wird genauer als Voraussetzung bezeichnet.³⁾ Die rechtsgeschäftliche Bedingung ist Bestandteil der Willenserklärung, beruht also auf dem Parteiwillen; die gesetzliche oder Rechtsbedingung ergibt sich aus dem Gesetz und beruht auf dessen Willen. Die aufschiebende Bedingung (*condition suspensive*) betrifft den Eintritt, die auflösende Bedingung (*condition résolutoire*) den Wegfall der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts.
- c) Das BGB und mit ihm das deutsche Recht und ebenso die französische Lehre versteht unter Bedingung regelmäßig nur die echte und rechtsgeschäftliche Bedingung.⁴⁾ Der Code civil geht zwar auch von diesem Begriff der Bedingung i.e.S. aus, art.1168, umfaßt aber auch die unechte rechtsgeschäftliche Bedingung, art.1181.⁵⁾ Die Bedingung i.e.S. kann zufällig

1) oben S.11

2) so der Reformentwurf, Travaux 1946/7 S.18, 67, allerdings in Beschränkung auf echte rechtsgeschäftliche Bedingungen.

3) so von Tuhr II 1 S.199, II 2 S.279 f.

4) Lehmann § 35 A I; Aubry-Rau IV § 302, 1 u.Anm.1; Planiol I 310; Colin-Capitant II 391; Capitant 293.

5) daneben verwendet er *condition* auch im Sinne von Auflage, z.B. art. 953, und als Bedingung im weitesten Sinn, z.B. art. 1108.

(casuelle), willkürlich (potestative) oder gemischt sein (mixte), je nachdem ob sie vom Willen einer Partei unabhängig oder ganz oder teilweise abhängig ist, art.1169 f cciv.¹⁾

2. Die Wirkung der Bedingung.

- a) Von der unechten Bedingung, der Voraussetzung, hängt, wie von jeder Bedingung, nur die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts ab. Da eine Ungewißheit über den Eintritt oder Ausfall der Bedingung objektiv nicht besteht, allerdings subjektiv bei der rechtsgeschäftlichen Voraussetzung immer, bei der gesetzlichen oft gegeben ist, liegt kein Schwebezustand vor. Das Rechtsgeschäft ist daher von vornherein entweder voll wirksam oder absolut unwirksam, je nachdem ob die Voraussetzung zutrifft oder nicht. Im deutschen Recht sind solche Fälle z.B. die Einwilligung bei einseitigen Rechtsgeschäften Minderjähriger oder Vertreter, §§ 111 Satz 1, 180 Satz 1 BGB, und das Zutreffen der Vergleichsgrundlage, § 779 BGB. Für die rechtsgeschäftliche Voraussetzung gilt dasselbe.²⁾ Im französischen Recht ist eine gesetzliche Voraussetzung mit der Sanktion der Unwirksamkeit nicht ersichtlich, doch findet sich eine Regelung der rechtsgeschäftlichen Voraussetzung. Nach art.1181 Abs.3 cciv ist der Vertrag bei Vorliegen der Voraussetzung von Anfang an wirksam. Trifft die Voraussetzung nicht zu, so wird nach der Lehre das Rechtsgeschäft so angesehen, wie wenn es nicht zustande gekommen wäre.³⁾ Damit wird

1) RGR Komm. Anm.5 vor § 158 BGB; Morandière II 1683; du Garreau "condition" 10.

2) Enneccerus-Nipperdey § 194 II 1 u. Anm.6; Lehmann § 35 A I 3; von Tuhr II 1 S.280.

3) Aubry-Rau IV § 302 u. Anm.6; Capitant 292; Planiol I 309; Morandière II 1680.

die absolute Unwirksamkeit umschrieben.

- b) Bei echten Bedingungen besteht bis zur Entscheidung über Eintritt (réalisation) oder Ausfall (défaillance) der Bedingung ein Schwebezustand. Dies gilt für gesetzliche wie für rechtsgeschäftliche Bedingungen. Das Folgende gilt dagegen nur für rechtsgeschäftliche Bedingungen:

α) Aufschiebende Bedingungen.

Das Rechtsgeschäft ist während des Schwebezustands noch nicht voll wirksam;¹⁾ man könnte es als schwebend unwirksam bezeichnen. Es ist aber gültig zustande gekommen und für die Parteien bindend.²⁾ Darüberhinaus besteht bei schuldrechtlichen Verträgen bereits ein Schuldverhältnis, wenn auch noch keine Forderung,³⁾ bei Verfügungen ein dingliches Anwartschaftsrecht.⁴⁾ Diese bedingten Rechte sind vererblich und veräußerlich⁵⁾ und durch einen Schadensersatzanspruch, § 160 Abs.1 BGB geschützt. Im französischen Recht ist die Rechtslage fast dieselbe. Während des Schwebezustands ist eine Obligation noch nicht entstanden.⁶⁾ Der contrat ist jedoch entstanden und gültig und es besteht bereits ein sog. germe de créance, ein bedingtes Gläu-

-
- 1) Enneccerus-Nipperdey § 202 I 3; von Tuhr II 1 S.274 sagen "unvollendet". Dies ist irreführend, da kein Tatbestandselement mehr fehlt, sondern eben nur eine Bedingung.
- 2) Lehmann § 35 A VI 1 a; Enneccerus-Nipperdey § 197 I. von Tuhr II 2 S.292.
- 3) von Tuhr II 2 S.296; Enneccerus-Nipperdey § 197 II; Oertmann a.a.O. S.122.
- 4) Lehmann § 35 A VI 1 a.
- 5) Aubry-Rau IV § 302 u.Anm.40; Planiol I 319; Carbonnier II 146. Das französische Recht geht auch hier vom contrat aus; der Reformentwurf verallgemeinert auch hier.

bigerrecht, das ebenfalls veräußerlich und vererblich ist.¹⁾ Es berechtigt ferner dazu, die *actes conservatoires* vorzunehmen, art.1180 cciv, und ist durch Rücktritts- und Schadensersatzansprüche gegen Beeinträchtigung geschützt, art.1182 Abs.3 u. 4 cciv.

Tritt die Bedingung ein, so wird das Rechtsgeschäft voll wirksam. Dem Eintritt steht die Verhinderung des Eintritts durch den Schuldner u.U. gleich, § 162 Abs.1 BGB, art.1178 cciv.²⁾ Im deutschen Recht treten die Wirkungen ex nunc ein, § 158 Abs.1 BGB. Eine Rückwirkung kann nur auf schuldrechtliche, nicht aber auf dingliche Weise vereinbart werden, § 159 BGB. Eine gewisse dingliche Rückwirkung liegt jedoch im Falle des § 161 Abs.1 BGB vor, wonach eine spätere Verfügung insoweit unwirksam ist, als sie mit der bedingten Verfügung in Widerspruch steht.³⁾ Im französischen Recht hat der Eintritt der Bedingung ebenfalls die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge, wie wenn es unbedingt gewesen wäre;⁴⁾ die Obligation ist damit entstanden. Die Wirkungen treten im französischen Recht grundsätzlich ex tunc ein, art.1179 cciv. Damit werden Zwischenverfügungen automatisch unwirksam.⁵⁾ Darin liegt die

-
- 1) Zachariae § 282 IV 1; Aubry-Rau IV § 302, 4 a u. Anm.51; Morandière II 1690; Planiol I 319; du Garreau "condition" 43 f.
 - 2) ebenso art.5 de l'avant projet, Travaux 1946/7 S.67.
 - 3) Die Rechtsnatur dieser Unwirksamkeit ist strittig. Anscheinend eine relative, wird sie von der h.M., Enneccerus-Nipperdey § 198 I 2, RGR Komm. § 161 Anm.5 BGB als absolute aber heilbare angesehen, was in sich widerspruchsvoll ist.
 - 4) Aubry-Rau IV § 302 u. Anm.60ter, Carbonnier II 146.
 - 5) Morandière II 1695.

Hauptbedeutung der Rückwirkung. Im übrigen wird die dingliche Rückwirkung im französischen Recht nicht als zwingend und im Zweifel als dem Parteiwillen nicht entsprechend angesehen.¹⁾ Bei der Gefahrtragung, art. 1182 Abs. 1 cciv, wird sie vom Gesetz selbst, bei actes d'administration und der Verteilung der Früchte von Lehre und Rechtsprechung nicht angewendet.²⁾ Die Rückwirkung ist daher eine weitgehend unpraktische und lebensfremde Fiktion. Der Reformentwurf gibt sie grundsätzlich auf zugunsten einer ex nunc Wirkung und läßt sie nur für Verfügungen bestehen, bei denen inopposabilité eintreten soll.³⁾

Fällt die Bedingung aus, so wird das Rechtsgeschäft endgültig und absolut unwirksam.⁴⁾ Dem Ausfall steht die treuwidrige Herbeiführung u.U. gleich, § 162 Abs. 2 BGB.⁵⁾ Im französischen Recht wird die Obligation und das ihr entsprechende Recht ipso iure als nicht entstanden, inexistent, angesehen.⁶⁾ Hier hat die Rückwirkung einen guten Sinn und muß auch für das deutsche Recht angenommen werden, arg. e. § 158 Abs. 1 BGB.

B) Auflösende Bedingungen.

Während des Schwebezustandes treten die Wirkungen des

-
- 1) Morandière II 1696; Capitane 303/4.
 - 2) Morandière II 1696; Aubry-Rau IV § 302, 4 a γ u. Anm. 62 f; du Garreau "condition" 56 f; art. 9 und 10 de l'avant projet, Travaux 1946/7 S. 68.
 - 3) art. 7 de l'avant-projet, Travaux 1946/7 S. 67.
 - 4) Lehmann § 35 A VI 3 b.
 - 5) ebenso im französischen Recht, du Garreau "condition" 53, art. 6 de l'avant projet, Travaux 1946/7 S. 67.
 - 6) Carbonnier II 146; Planiol I 321; Morandière II 1691; Aubry-Rau IV § 302, 4 a B.

Rechtsgeschäfts ein, wie wenn dieses unbedingt wäre;¹⁾ man könnte es als schwebend wirksam bezeichnen. Auch hier besteht ein bedingtes Recht dessen, dem der Eintritt der Bedingung zugute kommen soll.²⁾ Bei Eintritt der Bedingung, dem die Verhinderung des Eintritts durch den Gläubiger u.U. gleichsteht, § 162 Abs.1 BGB³⁾, wird das Rechtsgeschäft unwirksam, § 158 Abs.2 BGB, art.1183 Abs.1 cciv, und der frühere Rechtszustand tritt wieder ein. Diese Wirkung tritt nicht nur im deutschen, sondern auch im französischen Recht ipso iure ein, arg.e. art.1184 Abs.2 cciv. Für die Rückwirkung gilt dasselbe wie bei der aufschiebenden Bedingung: Im deutschen Recht tritt sie mit Ausnahme der Verfügungen, § 161 Abs.2 BGB, höchstens schuldrechtlich ein, § 159 BGB. Im französischen Recht tritt sie grundsätzlich ein mit Ausnahme der Gefahrtragung, der actes d'administration und der Fruchtziehung.⁴⁾

Bei Ausfall der Bedingung, dem die treuwidrige Herbeiführung des Eintritts durch den, zu dessen Vorteil er gereicht, auch hier gleichgestellt wird, § 162 Abs.2 BGB, wird das Rechtsgeschäft endgültig wirksam, wie wenn es von Anfang an unbedingt gewesen wäre.⁵⁾

c) Bei Rechtsbedingungen tritt nach dem Schwebezustand ebenfalls

1) Carbonnier II 146.

2) Lehmann § 35 A VI 1 b.

3) ebenso im französischen Recht, du Garreau "condition" 53; art.6 de l'avant projet, Travaux 1946/7 S.67.

4) Aubry-Rau IV § 302, 4 b γ und Anm.75 f.

5) Lehmann § 35 A VI 3 b; Aubry-Rau IV § 302, 4 b β; Carbonnier II 146.

die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts ein, so bei einem vom Minderjährigen oder Vertreter ohne Vertretungsmacht geschlossenen Vertrag, der von der Genehmigung abhängig ist, so bei einer Erbeinsetzung, die davon abhängig ist, daß der Erbe den Erblasser überlebt, usw.¹⁾ Eine weitgehende Gleichsetzung mit den rechtsgeschäftlichen Bedingungen ist generell nicht möglich, insbes. sind die §§ 158 ff BGB nicht auf Rechtsbedingungen anwendbar.²⁾ Die Rückwirkung wird vom Gesetz teilweise dinglich durchgeführt, so in § 184 Abs.1 BGB; bezüglich der Wirksamkeit von Zwischenverfügungen gilt aber in § 184 Abs.2 gerade das Gegenteil zu § 161 Abs.1 BGB.

Auch im französischen Recht gibt es Rechtsbedingungen. So hängt z.B. der Ehevertrag von der Eingehung der Ehe ab,³⁾ das Vermächtnis vom Überleben des Legatars, art.1039 cciv, das Angebot ist durch den Widerruf auflösend bedingt, ebenso die Schenkung durch eine Nachgeburt, art.960 cciv. Diese Unwirksamkeit wird im französischen Recht als caducité bezeichnet, vgl. art.1035 f cciv. Der Begriff der Rechtsbedingung ist der französischen Lehre allerdings noch nicht geläufig, wenn auch nicht völlig unbekannt.⁴⁾ Eine allgemeine Regelung fehlt naturgemäß wegen der Verschiedenheit der Fälle, doch wurde in der Reformkommission eine grundsätzliche Gleichsetzung mit den rechtsgeschäftlichen Bedingungen vorgeschlagen.⁵⁾

-
- 1) Oertmann a.a.O. S.217 f; von Tuhr II 1 S.148 f, mit weiteren Fällen.
- 2) RGR Komm. Anm.9 g vor § 158 BGB; Oertmann a.a.O. S.154; Enneccerus-Nipperdey § 194 II 2.
- 3) Jousselin "contrat de mariage" 179.
- 4) z.B. Aubry-Rau IV § 302, 1 u. Anm.2, Travaux 1946/7 S.35.
- 5) Houin a.a.O. S.35.

3. Die Zulässigkeit der Bedingung.

- a) Die Beifügung einer Bedingung ist grundsätzlich bei allen Rechtsgeschäften zulässig, ausgenommen sind lediglich die sog. bedingungsfeindlichen Rechtsgeschäfte. Dazu gehören im deutschen und französischen Recht die familienrechtlichen Rechtsgeschäfte: Ehe, Adoption, Legitimation, reconnaissance;¹⁾ sowie die Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft.²⁾ Im deutschen Recht zählen ferner hierher die Auflassung, § 925 BGB, die Aufrechnung, § 388 BGB, und überhaupt einseitige empfangsbedürftige Willenserklärungen, die in fremde Vermögensinteressen eingreifen und bei denen das Interesse des Gegners nur einen sofort gewissen und wirksamen Eingriff zulassen, wie die Anfechtungserklärung, die Rücktrittserklärung und der Widerruf.³⁾ Die Rechtsfolge der Beifügung einer unzulässigen Bedingung ist zweifelhaft. Das BGB verwendet in §§ 1724, 1742, 1768, 1947 und 1484 Abs.2⁴⁾ den auf Nichtigkeit deutenden Ausdruck "kann nicht", während es in §§ 388 Satz 2, 925 Abs.2, 2180 Abs.2 Satz 2 und 2202 Abs.2 Satz 2⁵⁾ die Unwirksamkeit anordnet. Hier kommt zum Ausdruck, daß die Bedingung nur die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts betrifft, dort dagegen, daß die Bedingung gegen die Rechtsordnung verstößt. Die Nichtigkeit ist in diesen Fällen wohl angemessener und wird von der Lehre allgemein angenommen.⁶⁾ Da die vom Gesetz vorgesehene Unwirksamkeit absolut und unheilbar ist, liegt

-
- 1) Enneccerus-Nipperdey § 195 II 1 a; Morandiére II 1681.
2) Enneccerus-Nipperdey § 195 II 1 c; Aubry-Rau IV § 302, 1 Anm.10.
3) Enneccerus-Nipperdey § 195 II 2; Lehmann § 35 A V 2.
4) ebenso § 4 Abs.2 Satz 2 WEG.
5) ebenso § 11 Abs.2 Erbb.VO.
6) Enneccerus-Nipperdey § 195 II 3; von Tuhr II 1 S.277, II 2 S.288.

praktisch kein Unterschied vor. Im französischen Recht muß nullité absolue angenommen werden, da der ordre public betroffen ist.

- b) Eine Bedingung kann nichtig sein, sei es daß sie unverständlich, widerspruchsvoll, unmöglich oder rechtswidrig ist.¹⁾ Im deutschen Recht hat eine solche Bedingung grundsätzlich die Nichtigkeit des ganzen Rechtsgeschäfts zur Folge.²⁾ Im französischen Recht gilt dasselbe für Verträge, art.1172 cciv, wobei nur eine negative unmögliche aufschiebende Bedingung ausgenommen ist, art.1173 cciv. Bei unentgeltlichen Zuwendungen unter Lebenden und von Todes wegen gilt dagegen eine nichtige Bedingung als nicht geschrieben, art.900 cciv, die Zuwendung ist also als unbedingte anzusehen. Der Reformentwurf verallgemeinert diese Lösung für alle Rechtsgeschäfte.³⁾ Eine nullité absolue des Geschäfts kann im Einzelfall wegen eines motif illicite déterminant trotzdem gegeben sein.⁴⁾
- c) Wenn einem Vertrag eine reine aufschiebende Potestativbedingung des Schuldners beigelegt wird, so ist eine rechtliche Bindung nicht gewollt. Ein Vertrag ist daher im Zweifel nicht zustande gekommen.⁵⁾ Im französischen Recht werden solche Verträge als nul angesehen, art.1174, 944 cciv.⁶⁾ Die nullité ist wohl absolue, da es sich eigentlich um den Fall eines nicht zustande gekommenen Vertrages handelt.

1) Lehmann § 35 A V 1; Morandière II 1685; du Garreau "condition" 17 f.

2) Enneccerus-Nipperdey § 201 I, unbeschadet § 139 BGB.

3) art.3 de l'avant projet. Travaux 1946/7 S.67.

4) Req., 5.1.1909, DP 1913.5.35; Req., 28.12.1938, DH 1939,132; art.3 Abs.2 de l'avant projet, a.a.O. S.67.

5) Lehmann § 35 A IV 3; RGZ 136, 134, str.

6) Aubry-Rau IV § 302, 2 u. Anm.23; Morandière II 1684; du Garreau "condition" 10 f, art.4 de l'avant projet, Travaux 1946/7 S.67.

Teil III:

Die Wirkungsmängel der Rechtsgeschäfte.

Nach dem Überblick über die Tatbestandsmängel der Rechtsgeschäfte sollen nun die als Folge dieser Mängel eintretenden Arten der Unwirksamkeit im weiteren Sinn untersucht werden.

1. Kapitel: Die Nichtigkeit und die nullité absolue.

Die gleichzeitige Behandlung der deutschen Nichtigkeit und der französischen nullité absolue erscheint deshalb gerechtfertigt und angebracht, weil sie regelmäßig, wie Teil II zeigte, im deutschen und französischen Recht parallel bei bestimmten Tatbestandsmängeln eintreten. Daß sie auch inhaltlich übereinstimmende Begriffe sind, soll damit nicht a priori behauptet werden; ob das so ist, muß erst der folgende Vergleich beider Begriffe zeigen.

1. Wesen und Definition.

- a) Im deutschen Recht scheint es keine allgemein anerkannte und befriedigende Definition der Nichtigkeit zu geben. Die wohl herrschende Lehre besagt, daß nichtig jedes Rechtsgeschäft ist, das die gewollte Rechtswirkung definitiv nicht hat.¹⁾ Diese Definition geht nur von der Wirkung der Nichtigkeit aus und bezeichnet diese auch richtig, doch ist sie zu weit; denn auch

¹⁾ In diesem Sinne Enneccerus-Nipperdey § 202 I 4; Lehmann § 27 II 1 a; Staudinger Komm. Anm. 29 vor § 104 BGB.

z.B. ein nachträglich unmögliches Rechtsgeschäft hat seine gewollte Rechtswirkung definitiv nicht, ohne daß es nichtig wäre.¹⁾ Diesen Fehler vermeidet jene Meinung, nach der ein Rechtsgeschäft nichtig ist, das infolge eines Mangels im Tatbestand die gewollte Wirkung nicht hat.²⁾ In dieser Definition kommt aber auch noch nicht zum Ausdruck, daß die Nichtigkeit eine gesetzliche Sanktion darstellt. Berücksichtigt wird dies von der Meinung, daß nichtig ein Rechtsgeschäft ist, das bezüglich der gewollten Rechtsfolgen so angesehen wird, als sei es nicht vorgenommen worden.³⁾ Am prägnantesten drückt dies Jacobi aus: "Nichtigkeit ist die unbedingte Nichtanerkennung von rechtswegen."⁴⁾ M.E. muß eine Definition der Nichtigkeit enthalten, daß die Nichtigkeit ein Wirkungsmangel ist, der vom BGB mit bestimmten Tatbestandsmängeln verknüpft wird. Danach wäre Nichtigkeit eine unbedingte Ungültigkeit, wobei unter Ungültigkeit diejenige Unwirksamkeit zu verstehen ist, die das Gesetz bei einem Mangel derjenigen Tatbestandselemente eintreten läßt, die nicht nur Wirksamkeitsvoraussetzungen sind.

- b) Im französischen Recht ist eine Definition und Feststellung des Wesens der nullité absolue noch schwieriger. Die nullité absolue ist nicht, wie die Nichtigkeit, ein gesetzlicher Begriff; der Code civil spricht höchstens von nullité schlecht-

1) so Manigk "Unwirksamkeit" I 2.

2) In diesem Sinne von Tuhr II 1 S.280; Oertmann Komm.Anm.1 b vor § 139 BGB.

3) In diesem Sinne § 108 des 1.Entwurfs zum BGB, vgl. Motive I 217, der in Protokolle I 125 als überflüssig gestrichen wurde; Planck Komm. Anm.V 1 vor § 104 BGB; RGR Komm. § 125 BGB Anm.1; Manigk "Unwirksamkeit" I 14.

4) AcP 86, 69.

hin. Sie ist ein von Lehre und Rechtsprechung gebildeter Begriff,¹⁾ der allerdings klassisch geworden ist,²⁾ ebenso wie sein Gegensatz, die nullité relative. Die nullité wird allgemein als eine inefficacité angesehen, die auf dem Willen des Gesetzes beruht, weil eine condition de validité fehlt, im Gegensatz zu einer inefficacité naturelle, wenn eine condition d'existence ou d'efficacité fehlt.³⁾ Die nullité entspricht also im wesentlichen der Ungültigkeit, die nullité absolue wäre dann eine absolute Ungültigkeit. Eine gewisse Verwandtschaft mit der Nichtigkeit kommt darin schon zum Ausdruck.⁴⁾ Wie weit sie mit dieser übereinstimmt, kann aber nicht nur aus der Definition entnommen werden; es ist vielmehr ein Vergleich der Auswirkungen von Nichtigkeit und nullité absolue erforderlich.

2. Eintritt und Geltendmachung.

- a) Im deutschen Recht ist es absolut herrschende Ansicht, daß die Nichtigkeit grundsätzlich ipso jure, von selbst und unmittelbar eintritt, und nicht erst durch einen besonderen Rechtsakt herbeigeführt werden muß.⁵⁾ Eine andere Ansicht vertritt nur Manigk.⁶⁾ Nach ihm ist die ipso iure-Wirkung der Nichtig-

1) Zajtay AcP 157, 487.

2) Morandiére II 747, Bonnecase III 43.

3) Ponsard "nullité" 1, ähnlich Aubry-Rau I § 37; Planiol I 326, de Page I 95 bis.

4) Deutsche Autoren, insbes. Windscheid a.a.O. S.1; Crome a.a.O. S. 240 sprechen von der nullité absolue geradezu als von Nichtigkeit.

5) Enneccerus-Nipperdey § 202 I 5 b; Lehmann "Nichtigkeit" I; Oertmann Komm.Anm.3 vor § 139 BGB; Staudinger Komm. Anm.30 vor § 104 BGB; RGR Komm. § 125 Anm.2 BGB.

6) "Unwirksamkeit" I 6 und 8.

keit eine logische Fiktion, die der Rechtswirklichkeit nicht entspricht. Praktisch bedürfe die Nichtigkeit stets einer Geltendmachung und unterscheide sich von der Anfechtbarkeit nur dadurch, daß sie von Amts wegen berücksichtigt werde; denn es liege regelmäßig der Schein eines gültigen Rechtsgeschäfts vor. Diese Ansicht wird zwar von der h.L. abgelehnt,¹⁾ doch wird sich zeigen, daß sie mit der herrschenden Meinung nicht unvereinbar ist.

- b) Im französischen Recht gehört die Frage, wie die nullité absolue eintritt und geltend gemacht wird, zu den umstrittensten der an Streitfragen reichen Lehre von der Mangelhaftigkeit der Rechtsgeschäfte. Obwohl der Code civil verschiedentlich, insbes. in art.1117, von nullité de plein droit spricht, und de plein droit sonst stets eine ipso iure Wirkung bedeutet,²⁾ lehnt die französische Rechtsprechung eine ipso iure eintretende nullité ab und fordert grundsätzlich die Geltendmachung der nullité durch eine action en nullité.³⁾ Diesem Standpunkt hat sich die Lehre, insbes. die neuere, überwiegend angeschlossen.⁴⁾ Die nullité wird damit zur annulabilité, zur Vernichtbarkeit, wobei man sich, ähnlich wie Manigk, auf den Rechtsschein beruft und zur Stützung die Axiome "nul ne peut se faire justice soi-même", "les voies de fait sont interdites" und "provision est due au titre" heranzieht. Ein Unterschied zwischen nullité absolue und nullité relative be-

¹⁾ Staudinger Komm.Anm.30 vor § 104 BGB.

²⁾ vgl. art.390, 476, 724, 956, 960, 1184 cciv, Windscheid aaO S.45f.

³⁾ vgl. Bordeaux, 25 juin 1884, S.84.2.201, zitiert bei Planiol I 334.

⁴⁾ Carbonnier II 131; de Page I 96.3, II 780/1; Aubry-Rau I § 37, IV § 334 u. Anm.1; Bonnecase III 7; Zajtay AcP 157, 489.

steht nach dieser extremen Auffassung jedenfalls hinsichtlich der Art der Klage nicht. Eine gemäßigtere Ansicht hält zwar an der Notwendigkeit einer Klage auch für die die nullité absolue fest, macht aber den feinen Unterschied, daß bei der nullité absolue der Richter die nullité nur feststellt (constater, déclarer), während er sie bei der nullité relative ausspreche (prononcer).¹⁾ Darin klingt eine verdeckte ipso iure Wirkung der nullité absolue an; denn der Richter stellt nur fest, was bereits eingetreten ist. Dieser bedeutende Unterschied wird aber von der extremen Lehre bagatellisiert.²⁾ Zum Teil wird weiter auf eine Klage verzichtet und eine Einrede der nullité für ausreichend gehalten,³⁾ was ebenfalls auf eine ipso iure Wirkung hindeutet. Noch deutlicher wird dies bei der Auffassung, die eine annulation par accord amiable außerhalb eines Prozesses anerkennt.⁴⁾ Schließlich gibt es auch noch eine Meinung, die eine Wirkung ipso iure bei der nullité absolue voll und ganz anerkennt.⁵⁾

Die Unentschiedenheit dieses Streits zeigt sich auch in der Behandlung dieser Frage in der Reformkommission. In der Unterkommission für einen Allgemeinen Teil wurde der Vorentwurf von Houin, wonach ein acte nul ou annulable wirksam ist, solange seine nullité ou annulabilité nicht vom Richter festgestellt

-
- 1) Morandière II 744; Ponsard "nullité", 20.
 - 2) Dalloz "nullité" 13; Colin-Capitant I 66; de Page I 96.3.
 - 3) Planiol-Ripert VI 299; Morandière II 744.
 - 4) Planiol-Ripert VI 296; Ponsard "nullité" 20, 28.
 - 5) Planiol I 330, 339; Capitant 277/8; Zachariae § 126, 3; Crome aaO S.241.

bzw. ausgesprochen wird,¹⁾ dahin abgeändert, daß ein acte, der von nullité absolue ou relative betroffen ist, wirksam ist, solange nicht die nullité vom Richter ausgesprochen wird.²⁾ Hier setzten sich also die Anhänger der extremen Theorie durch. Demgegenüber wurde in der Unterkommission für das Obligationenrecht der Vorentwurf von Mazeaud, laut dem die nullité vom Gericht festgestellt werden muß,³⁾ unverändert angenommen,⁴⁾ was einen Sieg der gemäßigten Auffassung bedeutet. In der aus den beiden genannten Unterkommissionen gebildeten Unterkommission für die Rechtsgeschäfte setzte sich die Formulierung von Mazeaud durch.⁵⁾ In der Vollkommission jedoch, in der auch Vertreter der ipso iure Wirkung zu Wort kamen, konnte keine Einigung über diese Frage erzielt werden und wurde daher die betreffende Bestimmung des Entwurfs gestrichen.⁶⁾

- c) Eine Klärung dieser Streitfrage und eine Lösung, die alle Ansichten berücksichtigt, ist möglich, allerdings nur, wenn man von einer Wirkung ipso iure der Nichtigkeit ausgeht. Es gibt Fälle, in denen die Nichtigkeit bzw. nullité absolue klar zutage tritt, etwa bei einem Formmangel.⁷⁾ Dann wird auch unter den am Rechtsgeschäft beteiligten und interessierten Personen kein Streit über das Vorliegen der Nichtigkeit entstehen. In-

1) Travaux 1946/7 S.56, art.20.

2) Travaux 1946/7 S.91, 106, art.19.

3) Travaux 1946/7 S.201, art.75.

4) Travaux 1946/7 S.206, 227, art.75.

5) Travaux 1947/8 S.68/9, 96, art.61.

6) Travaux 1947/8 S.305/7.

7) Nullité de plein droit im Sinne der neueren Lehre, z.B. Bonnecase III 96 f.

folgedessen wird niemand eine Klage erheben und es wäre absurd, eine Klage damit erzwingen zu wollen, daß man das Rechtsgeschäft als wirksam ansieht.¹⁾ Die Nichtigkeit bzw. nullité besteht eben von Rechts wegen und die französische Lehre muß dies anerkennen, soweit sie nicht von der ipso iure Wirkung ausgeht, indem sie eine annulation par accord amiable annimmt.²⁾ Diese Hilfskonstruktion ist aber nur dann sinnvoll, wenn das nichtige Rechtsgeschäft ausgeführt worden ist; denn dann müssen diese Wirkungen rückgängig gemacht werden, was eine vertragliche Einigung erfordert. Ist das nichtige Rechtsgeschäft aber nicht ausgeführt, dann ist es gekünstelt, von einer Einigung über die Nichtigkeit zu sprechen. Es gibt aber auch Fälle, in denen die Nichtigkeit bzw. nullité absolue nicht ohne weiteres eindeutig feststeht, z.B. bei Sittenwidrigkeit, weil da eine Ermessensentscheidung notwendig ist, oder bei nicht entmündigten Geisteskranken, weil es sich um innere Tatsachen handelt.³⁾ In diesen Fällen ist die ipso iure Wirkung der Nichtigkeit in der Tat eine Fiktion; denn die Nichtigkeit ist ohne genauere Prüfung des Falles nicht erkennbar und oft mit Sicherheit überhaupt nicht feststellbar. In diesen Fällen wird auch regelmäßig Streit unter den am Rechtsgeschäft beteiligten und interessierten Personen darüber entstehen, ob Nichtigkeit vorliegt oder nicht, und dieser Streit muß notwendig zum Prozeß führen, da eine Selbsthilfe grundsätzlich ausgeschlossen ist; die Regel "nul ne peut se faire justice soi-même" hat hier ihre Berechtigung und einzig

1) so anscheinend aber Dalloz "nullité" 7.

2) Ponsard "nullité" 20, 28; Planiol-Ripert VI 296; Colin-Capitant 10, II 260.

3) sog. nullité comportant l'appréciation du juge, Bonnecase III 99 f.

sinnvolle Bedeutung.¹⁾ Angenommen, das nichtige Rechtsgeschäft ist ein Vertrag und noch nicht ausgeführt, dann wird der Gläubiger, der die Nichtigkeit nicht für gegeben hält, den Schuldner, der sie für gegeben hält, auf Leistung verklagen und der Schuldner wird die Nichtigkeit einwenden, par voie d'exception geltend machen.²⁾ Der Richter muß dann inzidenter über die Frage der Nichtigkeit entscheiden.³⁾ Es ist bei dieser Sachlage auch möglich, daß der Schuldner die Nichtigkeit in Form einer negativen Feststellungsklage geltend macht, wenn der Gläubiger nicht auf Leistung klagt;⁴⁾ ein rechtliches Interesse wird regelmäßig gegeben sein. Die Feststellungsklage ist auch bei den Rechtsgeschäften möglich, aus denen keine Ansprüche entstehen. Ist der Vertrag dagegen bereits ausgeführt worden, so wird die Partei, die die Nichtigkeit für gegeben hält, die andere Partei auf Rückgewähr der Leistung verklagen⁵⁾ und der Richter muß inzidenter über die Frage der Nichtigkeit entscheiden. Dabei stellt er die etwa gegebene Nichtigkeit aber nur fest, er spricht sie nicht aus im Sinne einer Rechtsgestaltung.⁶⁾ Diese Unterscheidung ist wichtig wegen der Rechtskraft des Urteils, das grundsätzlich nur unter den Parteien des Prozesses wirkt, § 325 Abs.1 ZPO, art.1351 cciv. Es ist diese Klage auf Rückgängigmachung eines ausgeführten nichtigen Vertrags, die im französischen

1) Planiol I 330, 338; Morandière II 748.

2) Ponsard "nullité", 31; Planiol-Ripert VI 299; Morandière II 744.
3) von Tuhr II 1 S.281.

4) Enneccerus-Nipperdey § 202 I 5 b; Oertmann Komm.Anm.3 vor § 139 BGB; Ponsard "nullité" 34; Planiol-Ripert VI 297.

5) Ponéard "nullité" 33, Morandière II 744; Planiol-Ripert VI 297.

6) Morandière II 785.

Recht von der h.M. als *action en nullité* bezeichnet wird, obwohl auch die negative Feststellungsklage so genannt wird.¹⁾ Es scheint, daß sich die h.L. darunter eine eigene Klageart, eine Verbindung von Feststellungsklage und Rückgewährklage vorstellt,²⁾ obwohl der Inhalt der Klage je nach Sachlage völlig verschieden sein kann, z.B. *rei vindictio*, *condictio*, positive oder negative Feststellung, und einheitlich nur die Begründung der Klage ist, nämlich die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts.³⁾ Man kann daher genau genommen nicht von einer Nichtigkeitsklage, sondern nur von einer klageweisen Geltendmachung der Nichtigkeit sprechen. Beides gleichgesetzt, ja verwechselt zu haben, muß der französischen h.M. vorgeworfen werden. Daß die Rechtsprechung die *action en nullité* immer für notwendig hält, ist insofern verständlich, weil sie es eben nur mit streitigen Fällen zu tun hat. Die Lehre darf aber die Fälle unstreitiger Nichtigkeit nicht übersehen. Hinsichtlich ihres Eintritts und ihrer Geltendmachung besteht somit jedenfalls kein entscheidender Unterschied zwischen Nichtigkeit und *nullité absolue*: Beide treten *ipso iure* unmittelbar ein, müssen aber im Streitfall vor Gericht geltend gemacht werden.

Damit wird auch das Wesen der Nichtigkeit deutlich: sie ist eine rechtliche Sanktion. Das Recht kann ein Rechtsgeschäft zwar für rechtlich inexistent erklären, seine faktische Existenz aber nicht verhindern. Aus dieser Divergenz können sich die angegebenen Konflikte ergeben.

1) Ponsard "nullité" 34.

2) Colin-Capitant 10, I 174.

3) so Japiot bei Ponsard "nullité" 32.

d) Ausnahmsweise wirkt die Nichtigkeit nicht ipso iure, sondern muß durch eine Klage herbeigeführt werden; dadurch wird sie zur bloßen Vernichtbarkeit. Dies ist im deutschen und französischen Recht insbesondere bei der Ehe der Fall. Im deutschen Recht ergibt sich dies aus § 23 EheG. Das Urteil, das die Nichtigkeit der Ehe ausspricht, hat Gestaltungswirkung für und gegen jedermann.¹⁾ Im französischen Recht ergibt sich dasselbe aus der Überschrift "Des demandes en nullité de mariage" vor art.180 f cciv. Trotzdem hält ein Teil der Lehre eine Geltendmachung der nullité par voie d'exception für möglich.²⁾ Die Rechtskraft des die nullité aussprechenden Urteils ist nach h.M. nicht auf die Parteien beschränkt, sondern wirkt absolut.³⁾ Es liegt also ebenfalls eine Gestaltungswirkung vor. Das gleiche gilt im französischen Recht für alle Rechtsgeschäfte, die den Personenstand betreffen.⁴⁾ Im deutschen Recht findet sich die Vernichtbarkeit auch noch im Gesellschaftsrecht,⁵⁾ z.B. § 216 AktG, § 75 GmbHG, § 94 GenG.

3. Die Eigenschaften von Nichtigkeit und nullité absolue.

Auch hier zeigt sich eine weitgehende Übereinstimmung von Nichtigkeit und nullité absolue.

-
- 1) Enneccerus-Nipperdey § 202 I 5 b.
 - 2) Weill "mariage", 978.
 - 3) Weil "mariage" 977 u. 1091; Planiol-Ripert VI 296, II 311 f.
 - 4) Ponsard "nullité" 29.
 - 5) Lehmann § 27 II 5.

a) Auf die Nichtigkeit und die nullité absolue kann sich jeder berufen, der ein rechtliches Interesse daran hat.¹⁾ Dies ist der ursprüngliche Sinn der Bezeichnung nullité absolue. Im deutschen Recht wird z.T. die Ansicht vertreten, daß jeder Beliebige sich auf die Nichtigkeit berufen könne.²⁾ Dies ist aber nur insofern richtig, als jeder Beliebige in die Lage kommen kann, daß ihm ein rechtliches Interesse erwächst. Ein quivis ex populo kann und wird sich nicht mit Erfolg auf die Nichtigkeit berufen;³⁾ denn ein Rechtsschutzbedürfnis ist nicht nur im deutschen, sondern auch im französischen Recht Prozeßvoraussetzung.⁴⁾ Ein rechtliches Interesse haben regelmäßig die Parteien des Rechtsgeschäfts, deren Rechtsnachfolger und Gläubiger, weil die Rechtsstellung dieser Personen durch die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts beeinflußt wird. Bei der Ehe ist der Kreis der Personen, die die Nichtigkeit geltend machen können, stark eingeschränkt, § 24 EheG, art. 180 f cciv;⁵⁾ Der Staatsanwalt (ministère public) ist nur in Ausnahmefällen zur Geltendmachung der Nichtigkeit berufen.⁶⁾ Auch das zeigt, daß nicht jeder Beliebige sich auf die Nichtigkeit berufen kann.

b) Die Nichtigkeit ist von Amts wegen zu beachten, nicht nur dann, wenn sich eine Partei darauf beruft.⁷⁾ Im französischen Recht

-
- 1) von Tuhr II 1 S.282; RGR Komm § 125 Anm.6 BGB; Strohal aaO S.3; Planiol I 339, 2; Capitant 279; Aubry-Rau I § 37, u.a.; art. 52 Abs.1 Satz 1 du projet, Travaux 1947/8 S.343.
- 2) Enneccerus-Nipperdey § 202 I 5 a; Staudinger Komm. § 134 Anm.5 BGB.
- 3) Lange aaO S.304.
- 4) Morandière II 761.
- 5) Weill "mariage" 919 f.
- 6) Morandière II 763.
- 7) Enneccerus-Nipperdey § 202 I 5 b; Lehmann § 27 II 1 c; BGHZ 12, 304.

ist strittig, ob die nullité absolue stets von Amts wegen berücksichtigt werden muß, oder nur dann, wenn sie d'ordre public ist.¹⁾ Ein echtes Problem ist dies aber nicht; denn es kommt darauf an, ob man den Begriff der nullité absolue auf die Fälle der nullité wegen Verstoßes gegen den ordre public beschränkt, oder auch in den Fällen einer nullité naturelle, z.B. bei fehlender cause, nullité absolue annimmt. Ersterenfalls ist jede nullité absolue d'ordre public und von Amts wegen zu beachten, letzterenfalls wird die nullité naturelle nicht von Amts wegen beachtet. In jedem Fall wird nur die nullité berücksichtigt, die im öffentlichen Interesse vorgeschrieben ist.²⁾ Praktisch ist es im deutschen Recht ähnlich; denn eine Nichtigkeit, die nicht im öffentlichen Interesse angeordnet ist, z.B. § 116 f BGB, muß von einer Partei vorgebracht werden, um überhaupt festgestellt werden zu können.

- c) Die Nichtigkeit und die nullité absolue können grundsätzlich jederzeit geltend gemacht werden.³⁾ Quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere. Im französischen Recht macht jedoch die Rechtsprechung eine Ausnahme von diesem Grundsatz bei der klageweisen Geltendmachung der nullité, der sog. action en nullité, indem sie diese der 30 jährigen Verjährung des art. 2262 cciv unterwirft.⁴⁾ Die einwen-
dungsweise Geltendmachung der nullité absolue ist dagegen auch nach 30 Jahren noch möglich.⁵⁾ Quae temporalia sunt ad

1) Ponsard "nullité" 68; Planiol-Ripert VI 301; de Page I 97; Car-
bonnier II 131.
2) so auch art. 52 Abs. 1 Satz 2 du projet, Travaux 1947/8 S. 345.
3) Lange aaO. S. 304; Ponsard "nullité" 83 f; de Page I 97.
4) Ponsard "nullité", 87 f; Colin-Capitant I 66.3; de Page II 783,
ebenso art. 60 Abs. 1 du projet, aaO. S. 346.
5) Ponsard "nullité" 91 f; de Page II 784, ebenso art. 63 du projet,
aaO. S. 346.

agendum, perpetua sunt ad excipiendum. Dieses Ergebnis ist sachlich durchaus gerechtfertigt. Da die action en nullité die Ausführung des nichtigen Rechtsgeschäfts voraussetzt, besteht ein Bedürfnis, die tatsächlichen Verhältnisse nach Ablauf einer langen Zeit nicht mehr durch Rückforderungsansprüche zu stören; dasselbe Ergebnis erreicht das deutsche Recht, indem es die Bereicherungsansprüche in 30 Jahren verjähren läßt, § 195 BGB,¹⁾ ebenso den Eigentumsherausgabeanspruch²⁾, falls dieser nicht schon eher durch Untergang des Eigentums, §§ 900, 937, 946 f, 932 f, 892 BGB, erloschen ist. Umgekehrt ist die Einwendung der Nichtigkeit naturgemäß nur möglich, wenn das Rechtsgeschäft nicht ausgeführt worden ist, also sowieso nicht wirksam wurde. Dann spricht dasselbe Bedürfnis gegen eine zeitliche Begrenzung der Geltendmachung der Nichtigkeit bzw. nullité absolue.

- d) Die Nichtigkeit und die nullité absolue sind grundsätzlich unheilbar. Dies gilt zunächst für den Fortfall des Nichtigkeitsgrundes;³⁾ denn sonst läge ein der Nichtigkeit wesensfremder Schwebezustand vor. Ausnahmsweise läßt das deutsche Recht in den Fällen der §§ 313 Satz 2, 518 Abs.2, 766 Satz 2 BGB eine Nichtigkeit wegen Formmangels durch Erfüllung heilen; ähnlich das französische Recht in art.1340 cciv. In diesen Fällen liegt aber wohl eine Naturalobligation⁴⁾ oder schwebende Un-

1) Lange aaO. S.304.

2) Palandt Komm. § 985 Anm.1 BGB.

3) § 109 des 1.Entwurfs, Motive I 217, Protokolle I 125; Lehmann § 27 II 1 c B; von Tuhr II 1 S.292; Crome aaO. S.308; Zachariae § 127 II, art.16 de l'avant projet, Travaux 1946/7 S.106.

4) von Tuhr II 1 S.505; Planiol-Ripert VI S.387 Anm.1.

wirksamkeit vor¹⁾, während der Nichtigkeitsgrund bestehen bleibt. Das französische Recht kennt eine echte Heilung von Gründungsmängeln bei Handelsgesellschaften.²⁾ Die Unheilbarkeit der Nichtigkeit schließt auch eine Bestätigung aus³⁾, nach deutscher Auffassung, weil das Rechtsgeschäft völlig unwirksam ist, nach französischer, weil die Bestätigung als Verzicht auf die Geltendmachung der nullité von allen möglicherweise hier in Betracht kommenden Personen ausgehen müßte, was praktisch unmöglich ist. Möglich ist im deutschen und französischen Recht lediglich eine Neuvernahme des Rechtsgeschäfts unter Vermeidung des Mangels, der die Nichtigkeit hervorgerufen hatte.⁴⁾ Die Neuvernahme kann auch stillschweigend erfolgen, sofern keine Formvorschrift besteht, setzt aber einen Bestätigungswillen voraus.⁵⁾ Eine heilende Bestätigung läßt das deutsche Recht bei der Ehe zu, §§ 17 Abs.2, 18 Abs.2, 19 Abs. 2 EheG; ähnlich art.181, 183,185 cciv.

4. Die Folgen der Nichtigkeit und nullité absolue.

Hieran muß sich zeigen, ob und inwiefern die Nichtigkeit und die nullité absolue wirklich identische Begriffe sind. Eigenartiger-

-
- 1) Oertmann aaO. S.27, die das Gesetz nicht ausspricht, weil es die Form nicht als Wirksamkeitsvoraussetzung ansieht.
 - 2) Ponsard "nullité" 95.
 - 3) Enneccerus-Nipperdey § 202 I 5 c; von Tuhr II 1 S.293 f; Planiol-Ripert VI 305; Aubry-Rau IV § 337, 1; Colin-Capitant I 66.2; de Page I 97; art.53 Abs.1 du projet, Travaux 1947/8 S.345.
 - 4) Enneccerus-Nipperdey § 202 I 5 c; Lehmann § 27 II 1 c; Lange aaO. S.304; Crome aaO.S.309; Windscheid aaO.S.175; Planiol-Ripert VI 304 b.
 - 5) RGR Komm. § 125 Anm.1 u. § 141 Anm.1; Oertmann Komm. § 141 Anm.3, 4 BGB; Enneccerus-Nipperdey § 202 I 5.

weise sind die Folgen der Nichtigkeit weder im deutschen noch französischen Recht gesetzlich geregelt, sondern werden anscheinend vom BGB und Code civil als selbstverständlich angenommen.

- a) Das BGB hat lediglich einige Nebenfolgen der Nichtigkeit geregelt.

α) Die Teilnichtigkeit.

Wenn einzelne Bestimmungen oder sonstige Teile eines Rechtsgeschäfts nichtig sind, kann das restliche Rechtsgeschäft gültig bleiben oder ebenfalls nichtig sein. § 139 BGB entscheidet sich grundsätzlich für die völlige Nichtigkeit,¹⁾ läßt aber ausnahmsweise das restliche Rechtsgeschäft gültig sein. Dabei stellt er auf den Parteiwillen ab: wenn die Beteiligten das Rechtsgeschäft vernünftigerweise auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen hätten.²⁾ Auch im französischen Recht wird das Problem der Teilnichtigkeit, abgesehen von den Fällen der art. 900 und 1172 cciv, als Auslegungsfrage behandelt.³⁾ Eine Auslegungsregel gibt es aber nicht, vielmehr kommt es ganz auf den Parteiwillen im Einzelfall an: ist die nichtige Bestimmung nebensächlich, so bleibt der acte im übrigen gültig, ist sie wesentlich oder hat der acte einen unteilbaren Charakter, so ist das ganze

1) ebenso § 2298 BGB, anders § 2085 BGB für das Testament.

2) Enneccerus-Nipperdey § 202 IV 2 u. Anm. 48; von Tuhr II 1 S. 283.

3) Ponsard "nullité" 154 f; Morandière II 788; Carbonnier II 132.

Rechtsgeschäft nul.¹⁾ Der Reformentwurf sieht eine Auslegungsregel zugunsten der Gültigkeit des Rechtsgeschäfts vor²⁾, hält sich also an den Satz: utile per inutile non vitiatur.

B) Die Umdeutung.

Wenn ein nichtiges Rechtsgeschäft die Erfordernisse eines anderen, gültigen Rechtsgeschäfts erfüllt, so läßt § 140 BGB letzteres gelten, wenn dies dem mutmaßlichen Parteiwillen entspricht. Es handelt sich ebenfalls um eine Auslegungsfrage, wenn auch nicht der wirkliche, sondern ein hypothetischer Wille ausgelegt wird.³⁾ Praktische Bedeutung hat die Umdeutung nur bei der Nichtigkeit wegen Formmangels, da in anderen Fällen das Rechtsgeschäft regelmäßig unvollständig ist, also auch einem anderen gültigen Rechtsgeschäft nicht entspricht.⁴⁾ Im französischen Recht enthält art.1318 cciv einen Fall der Konversion: ein ungültiger acte authentique, der von den Parteien unterschrieben ist, gilt als acte sous seing privé. Bezieht sich dieser Fall auch nicht auf ein Rechtsgeschäft, sondern nur eine Beweisurkunde, so wird er doch als Ausdruck einer allgemeinen Regel angesehen, nach der ein unwirksamer acte, wenn dies seinem wirtschaftlichen Zweck entspricht, umgedeutet werden kann.⁵⁾

1) Planiol-Ripert VI S.406 Anm.1; Zachariae § 126, 5; Crome aaO.S. 249 f.

2) art.64 du projet, Travaux 1947/8 S.346.

3) Enneccerus-Nipperdey § 202 V; von Tuhr II 1 S.287 .

4) vgl. Manigk "Unwirksamkeit" I 17.

5) Ponsard "nullité" 164.

Eine entsprechende Bestimmung findet sich in einem Vor-entwurf,¹⁾ ihre Aufnahme in den Reformentwurf wurde jedoch als überflüssig abgelehnt.²⁾

r) Die Rückwirkung der Bestätigung.

Wenn ein Rechtsgeschäft erneut vorgenommen wird, um ein nichtiges zu bestätigen, so kann dadurch eine rückwirkende Heilung nicht erzielt werden. § 141 Abs.2 BGB spricht sich jedoch bei Bestätigung eines nichtigen Vertrags im Zweifel für eine schuldrechtliche Rückwirkung aus. Auch hier handelt es sich um eine Auslegung des Parteiwillens, und als solche ist die schuldrechtliche Rückwirkung der Bestätigung wohl auch im französischen Recht nicht ausgeschlossen, wenn sie auch in der Lehre keine Rolle spielt.³⁾

- b) Die Hauptfolgen der Nichtigkeit und nullité absolue müssen aus dem Grundsatz abgeleitet werden: Quod nullum est, nullum pro-ducit effectum. Gemeinsam gilt daher im deutschen und franzö-sischen Recht, daß das nichtige Rechtsgeschäft so angesehen wird, als ob es niemals bestanden hätte;⁴⁾ l'acte nul est réputé n'avoir jamais existé.⁵⁾ Von dem bereits dargelegten Standpunkt, daß die nullité absolue nur infolge einer darauf gerichteten Klage eintrete, muß die herrschende französische Lehre der annulation eine rückwirkende Kraft beilegen.⁶⁾

1) art.17 de l'avant projet sur les nullités, Travaux 1946/7 S.106.

2) Travaux 1947/8 S.77.

3) Windscheid aaO. S.176 läßt sie gelten.

4) § 108 des 1.Entwurfs, Motive I 217; Planck Anm.V 1 vor § 104 BGB.

5) art.66 Abs.1 du projet, Travaux 1947/8 S.346; Morandiére II 743, de Page II 777.

6) Ponsard "nullité" 155; de Page II 815.

α) Im deutschen Recht wird dieser Grundsatz konsequent und systematisch durchgeführt. Aus nichtigen schuldrechtlichen Rechtsgeschäften entstehen keine Forderungen und Verpflichtungen;¹⁾ zedierte Forderungen gelten als nicht abgetreten, übernommene oder erlassene Schulden gelten als nicht übernommen oder erlassen;²⁾ bei nichtigen Gestaltungsrechtsgeschäften besteht nach wie vor ein Gestaltungsrecht.³⁾ Wenn eine Eigentumsübertragung nichtig ist, ist das Eigentum beim Veräußerer geblieben; dieser kann bei beweglichen Sachen vindizieren, bei Grundstücken hat er den Grundbuchberichtigungsanspruch.⁴⁾ Doch ergreift eine Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäfts nicht ohne weiteres die zu dessen Erfüllung vorgenommene Verfügung. Letztere ist vielmehr wegen ihrer abstrakten Natur grundsätzlich gültig; nur ausnahmsweise ist auch sie nichtig;⁵⁾ wenn derselbe Mangel Verpflichtungsgeschäft und Verfügung anhaftet, z.B. Geschäftsunfähigkeit; wenn die Gültigkeit des Verpflichtungsgeschäfts Bedingung der Verfügung ist; sowie, wegen des Wortlauts des § 138 Abs.2 BGB, bei wucherischen Rechtsgeschäften. Aber auch eine gültige Verfügung hat, wenn sie Erfüllung eines nichtigen Verpflichtungsgeschäfts ist, keinen Bestand, sondern wird als ungerechtfertigte Bereicherung nach §§ 812, 818 f BGB rückgängig

1) von Tuhr II 1 S.315; RGR Komm. § 125 Anm.2 BGB.

2) Enneccerus-Nipperdey § 203 Anm.5; das für die Anfechtung Gesagte gilt auch für die Nichtigkeit, unten S.219

3) von Tuhr II 1 S.317.

4) RGR Komm. § 142 Anm.9

5) Staudinger-Komm. Anm.35 vor § 104; Lehmann § 27 III 2; Lange aaO. S.304.

gemacht.¹⁾ Die Nichtigkeit wirkt auch für und gegen Dritte, die von dem, dessen Rechtserwerb nichtig war, ihrerseits wieder Rechte erworben haben; denn sie haben vom Nichtberechtigten erworben. Hier greifen allerdings die Vorschriften zum Schutz des guten Glaubens ein, §§ 932 f, 892, 1207, 1138, 1155, 1244, 409, 410 BGB,²⁾ wobei der böse Glaube in der Kenntnis und eventuell in der grobfahrlässigen Unkenntnis der Nichtigkeit besteht. Der Berechtigte ist bei Gutgläubigkeit des Dritten auf den Bereicherungsanspruch aus § 816 BGB beschränkt. Der gute Glaube einer Partei ist dagegen nur für den Umfang der Herausgabepflicht von Bedeutung, §§ 819, 990 BGB.

- B) Im französischen Recht wird der Grundsatz der völligen Unwirksamkeit bei nullité absolue nicht systematisch, sondern pragmatisch durchgeführt. Die Lehre ist hier weitgehend unfruchtbar geblieben und hat die Lösung der Probleme der Rechtsprechung überlassen.³⁾ Bei dem fast ausschließlich behandelten nichtigen contrat wird nicht auf die rechtlichen Begriffe Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft abgestellt, die ja im französischen Recht zusammenfallen, sondern auf die tatsächliche Ausführung, exécution. Solange der contrat nicht ausgeführt ist, ist die Lage einfach:⁴⁾ da die Obligationen nul sind, braucht der contrat nicht ausgeführt zu werden; jede Partei kann

1) Lehmann § 27 III 1; von Tuhr II 1 S.316; RGR Komm. § 142 Anm.11 BGB.

2) Staudinger Komm. § 142 Anm.11 BGB; von Tuhr II 1 S.314.

3) zugegeben von de Page II 810.

4) wörtlich bei Planiol-Ripert VI 320.

ihre Leistung verweigern, es gibt weder Gläubiger noch Schuldner.¹⁾ Daß auf Grund eines nichtigen contrat kein Eigentum übergeht, art.711, 1138 Abs.2 cciv, muß als selbstverständlich angenommen werden. Probleme entstehen erst, wenn der contrat ausgeführt worden ist, also eine tatsächliche Vermögensverschiebung stattgefunden hat. Hier ist auffällig, daß der Gegensatz von schuldrechtlicher *condictio* und dinglicher *rei vindicatio* keine Rolle spielt, obwohl das französische Recht die ungerechtfertigte Bereicherung und den Herausgabeanspruch des Eigentümers kennt.²⁾ Theoretisch müßte die *revendication* die größte Bedeutung haben, da abstrakte Verfügungen nicht vorkommen;³⁾ praktisch jedoch wird die *revendication* nur bei Immobilien angewendet, während sie bei beweglichen Sachen wegen der weit über den entsprechenden § 1006 BGB hinausgehenden Bedeutung des art.2279 cciv fast nie durchgeführt werden kann.⁴⁾ Das, was nach Ausführung eines nichtigen contrat stattfindet, ist auch nicht die *condictio* in Gestalt der *actio de in rem verso* oder der *répétition de l'indu*, sondern die sog. restitution.⁵⁾ Dieser von der Rechtsprechung geprägte und von der Lehre übernommene Begriff scheint von der römischen *in integrum restitutio* herzustammen und sich von den Fällen der *nullité relative* auf die der *nullité absolue* ausgedehnt zu haben. Auch in der Reformkommission konnte man

-
- 1) Carbonnier II 132; Planiol II 1278; Laborde-Lacoste I 246.
2) aber nicht scharf auseinanderhält; vgl. Planiol-Ripert VII 736; Giverdon "répétition de l'indu", 48, die Anspruchskonkurrenz annehmen.
3) für *rei vindicatio Zachariae* § 126 Anm.11; Capitant 278
4) Windscheid aaO. S.302; Planiol-Ripert III 367 f.
5) Carbonnier II 132; Planiol-Ripert VI 321, III 373; de Page II 815; Ponsard "nullité" 165.

sich nicht zu einer scharfen Systematisierung der Nichtigkeitsfolgen durchringen, sondern überließ diese wichtigen Fragen bewußt weiter der Rechtsprechung.¹⁾ Man begnügte sich damit, im Reformentwurf den Ausdruck restitution durch den Ausdruck remise en état zu ersetzen, um den Sinn der restitution zu veranschaulichen.²⁾ Ein Teil der französischen Lehre wendet bei nullité d'un contrat die Bestimmungen der art. 1376 ff. cciv über die répétition de l'indu direkt an,³⁾ während die Rechtsprechung und die ihr folgende h.L. diese Vorschriften entsprechend anwendet.⁴⁾ Sachliche Differenzen ergeben sich daraus nicht.

Die restitution besteht grundsätzlich darin, daß die geleistete Sache in natura zurückgewährt werden muß.⁵⁾ Bei vertretbaren Sachen, insbes. Geld, ist eine gleiche Menge gleichwertiger Sachen zurückzugeben.⁶⁾ Die Rückgewährpflichten sind nach beiderseitiger Ausführung gegenseitig.⁷⁾ Daraus wird abgeleitet, daß die Leistungen Zug um Zug zu erfolgen haben und daß derjenige, der zur Rückgewähr selbst nicht in der Lage ist, überhaupt keine restitution verlangen kann.⁸⁾ Dies sind erhebliche Unterschiede gegenüber dem deutschen Recht, wo weder bei der

-
- 1) vgl. Travaux 1947/8 S.317 - 319, 323 - 331.
 - 2) art. 66 Abs.2 du projet aaO. S.346; art. 67 aaO. spricht aber schon wieder von restitution.
 - 3) Planiol-Ripert VII 738; Morandière II 1301; Aubry-Rau VI § 442 Anm.13.
 - 4) Giverdon "répétition de l'indu" 13; Planiol-Ripert VII 764.
 - 5) Planiol II 849; Giverdon "répétition de l'indu" 48.
 - 6) Planiol II 847; Giverdon "répétition de l'indu" 40;
 - 7) Aubry-Rau IV § 336, 2; Carbonnier II 132; de Page II 815.
 - 8) Planiol-Ripert VI 321; Ponsard "nullité" 165.

condictio noch bei der rei vindicatio solche Einschränkungen bestehen.¹⁾ Hinzu kommt, daß im deutschen Recht bei gegenseitiger ungerechtfertigter Bereicherung regelmäßig eine Kompensation vorgenommen wird und nur der Überschuß herauszugeben ist.²⁾ Ähnlicher ist die Rechtslage im französischen und deutschen Recht jedoch wieder bei der Frage des Schadensersatzes wegen Untergangs der geleisteten Sache und der Herausgabe von Nutzungen; hier kommt es auf die Gut- oder Bösgläubigkeit des Leistungsempfängers an. Der gutgläubige Empfänger muß die Früchte der Sache bzw. die Zinsen einer Geldsumme erst von der Rechtshängigkeit an (ab demande) herausgeben, art. 549, 550, und eine untergegangene Sache nur bei Verschulden (faute) ersetzen.³⁾ Ein bösgläubiger Empfänger dagegen haftet von Anfang an für die Nutzungen der Sache und deren zufälligen Untergang, art. 1378, 1379 cciv.⁴⁾ Diese Lösung entspricht in einfacherer Form der Rechtslage nach §§ 987 f BGB und auch §§ 818 f BGB, wenn auch im einzelnen die Haftung für die Nutzungen strenger (§§ 818 Abs. 1, 988, 990 Abs. 2, 993 Abs. 1), die für Verschlechterung und Untergang der Sache milder (§§ 989, 990) als im französischen Recht ist. Beim Ersatz der Aufwendungen ist das französische Recht etwas großzügiger als das deutsche, vgl. art. 1381 cciv, §§ 994 f BGB. Bei Leistungen, bei denen nach ihrer Natur eine Rückgabe unmöglich ist, z.B. bei Arbeits-

1) wohl aber beim Rücktritt, § 351 BGB. Für Zug um Zug Leistung: von Tuhr II 1 S. 316.

2) RGR Komm. § 142 Anm. 11 BGB; Palandt Komm. § 818 Anm. 6 BGB.

3) Planiol-Ripert VI 321; Ponsard "nullité", 166 f; Morandière II 1308; a.A. Zachariae § 316 Anm. 2.

4) Giverdon "répétition de l'indu" 42, 54; Morandière II 1307.

leistung, Gebrauchsnutzung u.ä. besteht die restitution im Ersatz des Wertes,¹⁾ was § 818 Abs.2 BGB entspricht. Wertersatz ist auch bei Unmöglichkeit der Naturalrestitution einer Sache wegen Weiterveräußerung zu leisten, sofern der Empfänger nicht gutgläubig war, arg. e art. 1380 cciv;²⁾ letzterenfalls genügt Herausgabe des Erlöses. Eine Parallele zwischen deutschem und französischem Recht liegt auch bei Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit des Vertrages vor: Niemand kann restitution verlangen, der selbst mit dem Vertrag gegen die guten Sitten verstoßen hat, nach dem Grundsatz: "Nemo auditur propriam turpitudinem allegans" und "In pari causa turpitudinis cessat repetitio".³⁾ Die französische Rechtsprechung wendet diese im Code civil nirgends festgelegten Regeln allerdings ziemlich willkürlich an, in der Lehre werden sie kritisiert.⁴⁾ In der Reformkommission wurde ihre Abschaffung, die ein Vorentwurf bereits vorgesehen hatte,⁵⁾ jedoch abgelehnt, ohne daß ihre eindeutige Formulierung versucht worden wäre.⁶⁾ Im deutschen Recht hat dieser Grundsatz in § 817 Satz 2 Ausdruck gefunden, eine Bestimmung, die sich gegenüber § 817 Satz 1 völlig verselbständigt hat, die jedoch nur für die *condictio*, nicht aber für die *rei vindicatio* gilt.⁷⁾ Auch in der deutschen Leh-

1) Planiol-Ripert VI 321, VII 764, art.76 Abs.1 Satz 1 de l'avant projet, Travaux 1947/8 S.98, 323 f.

2) Giverdon "répétition de l'indu" 55.

3) Ponsard "nullité", 171; Morandière II 792; de Page I 94, II 824; Carbonnier II 132/3.

4) Morandière II 792.

5) art.76 Abs.2 de l'avant projet, Travaux 1947/8 S.98.

6) Travaux 1947/8 S.328 f.

7) Palandt Komm. § 817 Anm.3 e und 1 BGB.

re wird diese Einschränkung des Rückforderungsrechts z.T. kritisiert.¹⁾ Eine wichtige Einschränkung erfährt die restitution im französischen Recht schließlich noch zugunsten Minderjähriger und Entmündigter durch art. 1312 cciv. Diese Personen sind nur insoweit zur restitution verpflichtet, als sie bereichert sind.²⁾ Auch der Reformentwurf hält an dieser Schutzvorschrift fest.³⁾

Die nullité absolue wirkt nicht nur unter den Parteien des Rechtsgeschäfts, sondern auch gegen Dritte. Die Rechtsnachfolger dessen, der auf Grund eines nichtigen contrat etwas erlangt hatte, verlieren nach französischer Auffassung durch die annulation ihre Rechte wieder; nach dem Grundsatz: "resoluto iure dantis resolvitur ius accipientis".⁴⁾ Genau genommen jedoch haben sie nie wirklich ein Recht erlangt, nach dem Grundsatz: "nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet".⁵⁾ Praktische Unterschiede ergeben sich aus dieser verschiedenen Anschauung jedoch nicht. Die Rechtsnachfolger sind grundsätzlich zur restitution verpflichtet.⁶⁾ Jedoch greifen auch im französischen Recht hier die Vorschriften zum Schutz des guten Glaubens ein, insbes. bei beweglichen Sachen die Regel des art. 2279 Abs. 1 cciv in ihrer dem § 932 BGB

-
- 1) Lehmann § 25 III 2; Palandt Komm. § 817 Anm. 1 BGB.
 - 2) Planiol-Ripert VI 323; Morandière II 791; Aubry-Rau IV § 336, 2 a; Ponsard "nullité" 168.
 - 3) art. 67 du projet, Travaux 1947/8 S. 346.
 - 4) Ponsard "nullité" 182; Planiol-Ripert VI 325; Morandière II 793; de Page II 829; Aubry-Rau IV § 336, 1.
 - 5) Zachariae § 123.
 - 6) Giverdon "répétition de l'indu" 58; Planiol II 854.

entsprechenden Bedeutung.¹⁾ Bei Immobilien dagegen kommt nur die 10 bis 20-jährige Ersitzung der art. 2265 f cciv in Betracht, nicht aber ein sofortiger gutgläubiger Erwerb wie nach § 892 BGB. Neben diesen gesetzlich geregelten Fällen des Gutglaubensschutzes und den Fällen des Einwendungsausschlusses bei Wertpapieren, der die gleiche Wirkung hat,²⁾ gibt es im französischen Recht noch zwei gewohnheitsrechtliche Ausnahmen von der Drittwirkung der nullité zugunsten Gutgläubiger: Die eine betrifft die Rechtsgeschäfte eines Scheinerben (*héritier apparent*); wer auf Grund eines nichtigen Testaments allgemein als Erbe angesehen wird, dessen Verfügungen zugunsten gutgläubiger Erwerber sind wirksam nach dem Grundsatz: "Error communis facit ius".³⁾ Denselben Zweck verfolgt im deutschen Recht der öffentliche Glaube des Erbscheins, § 2366 BGB. Die zweite Ausnahme gilt für die *actes d'administration* dessen, der auf Grund eines nichtigen Rechtsgeschäfts scheinbar berechtigt ist; auch sie werden für gutgläubige Dritte aufrechterhalten.⁴⁾ Diese Ausnahme soll auch im Reformentwurf niedergelegt werden.⁵⁾ Eine Entsprechung im deutschen Recht hat sie nicht.

Der Vergleich der Hauptfolgen von Nichtigkeit und nullité absolue ergibt, daß bei aller grundsätzlichen Ähnlichkeit in wichtigen Einzelheiten doch so große Unterschiede bestehen, daß eine völlige Identifizierung von Nichtigkeit und nullité absolue nicht möglich ist.

-
- 1) Planiol-Ripert III 373; Zachariae § 122 A I.
 - 2) Planiol-Ripert VI 325; Ponsard "nullité" 184.
 - 3) Planiol-Ripert VI 327; Morandiére II 793; Ponsard "nullité" 185, Vialleton "pétition d'hérédité" 17 f.
 - 4) Planiol-Ripert VI 327; Morandiére II 793; Carbonnier II 132; Ponsard "nullité" 186.
 - 5) art. 69 du projet, Travaux 1947/8 S. 347.

γ) Wichtige Abweichungen von den normalen Nichtigkeitsfolgen finden sich im deutschen und französischen Ehe-, Gesellschafts- und Arbeitsrecht, da bei Dauerrechtsverhältnissen eine konsequente Durchführung der rückwirkenden Nichtigkeit zu schweren Unzuträglichkeiten führen kann.¹⁾

Eine vernichtete Ehe wird im deutschen Recht in dreifacher Hinsicht für die Vergangenheit wie eine gültige Ehe behandelt: bezüglich der rechtlichen Stellung der Kinder, § 25 EheG, des Schutzes gutgläubiger Dritter, § 27 EheG, und, bedingt, auch der vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten untereinander, § 26 EheG. Das französische Recht läßt eine vernichtete Ehe hinsichtlich der Ehegatten und Kinder bedingt wirksam sein, art. 201, 202 cciv, kennt jedoch keinen besonderen Schutz Dritter, soweit nicht der Schutz der Ehegatten auch einen Schutz der Dritten zur Folge hat. Voraussetzung dieser Wirksamkeit, des sog. *mariage putatif*,²⁾ ist stets, daß wenigstens ein Ehegatte bei Eingehung der nichtigen Ehe gutgläubig war, d.h. den Nichtigkeitsgrund nicht kannte. Dies gilt auch für die Frage, ob ein Kind als ehelich anzusehen ist,³⁾ während es in § 25 EheG darauf nicht ankommt. Für die Beziehungen der Ehegatten untereinander gilt, daß eine volle Wirksamkeit nur bei beiderseitiger Gutgläubigkeit angenommen werden kann, art. 201 cciv, während für § 26 EheG einseitige Gutgläubigkeit genügt. Ist ein Ehegatte nicht gutgläubig, so tritt ihm gegenüber im französischen Recht die Nichtigkeit mit Rückwirkung ein, art. 202 cciv,⁴⁾ während er im

1) Enneccerus-Nipperdey § 169 III 1.

2) Weill "mariage" 1017 f; Dalloz "mariage" 303 f; Planiol-Ripert II 315 f.

3) Dalloz "mariage" 312.

4) Dalloz "mariage" 317 f.

deutschen Recht nur wie ein schuldiger Teil bei der Scheidung behandelt wird, § 26 Abs.1 Satz 2 EheG.

Bei Nichtigkeit einer Gesellschaft werden die normalen Nichtigkeitsfolgen sowohl im Verhältnis der Gesellschafter untereinander als auch im Verhältnis der Gesellschaft gegenüber gutgläubigen Dritten eingeschränkt. Eine einmal in Vollzug gesetzte nichtige Gesellschaft, eine sog. faktische Gesellschaft, *société de fait*, kann im deutschen und französischen Recht nur für die Zukunft aufgelöst, liquidiert werden.¹⁾ Auch kann die Nichtigkeit von Beitrittserklärungen²⁾ bzw. ein Gründungs- oder Publizitätsmangel³⁾ Dritten nach Vollzug der Gesellschaft nicht mehr entgegengehalten werden.

Aus ähnlichen Gründen wie bei der Gesellschaft rechtfertigt im deutschen Recht bei Arbeitsverträgen, sobald sie in Vollzug gesetzt sind, ein Nichtigkeitsgrund nur die fristlose Auflösung für die Zukunft, nicht aber eine rückwirkende Nichtigkeit.⁴⁾ Im französischen Recht wird dasselbe Ergebnis dadurch erreicht, daß die annulation wie eine *résiliation*, d.h. nur für die Zukunft wirkt.⁵⁾ Dieselbe Lösung wird im französischen Recht für Dauerverträge (*contrats successifs*), wie z.B. die Pacht, generell befürwortet.⁶⁾ Eine dahingehende Bestimmung⁷⁾ wurde

-
- 1) Enneccerus-Nipperdey § 169 III 1, 202 II 3; Planiol-Ripert VI 322; Ponsard "nullité" 181; Dalloz "société" 44.
 - 2) Enneccerus-Nipperdey § 169 III 1.
 - 3) Ponsard "nullité" 187; Planiol-Ripert VI 326; Morandière II 793.
 - 4) Enneccerus-Nipperdey § 202 II 3.
 - 5) Ponsard "nullité" 180.
 - 6) Ponsard "nullité" 179; Morandière II 789.
 - 7) art.79 Abs.2 de l'avant projet, Travaux 1947/8 S.98.

jedoch in der Reformkommission als zu weitgehend verworfen.¹⁾ Man wird die Ausnahmen von der normalen Nichtigkeitswirkung auf das im Interesse der Verkehrssicherheit unentbehrliche Maß beschränken müssen, um nicht den Begriff der Nichtigkeit überhaupt auszuhebeln und ihm seine abschreckende Bedeutung zu nehmen.

2. Kapitel: Die Anfechtbarkeit und die nullité relative.

Auch diese beiden Begriffe werden deshalb verglichen, weil sie einen übereinstimmenden Anwendungsbereich haben, wenn auch die Anfechtbarkeit im Gegensatz zur nullité relative einem numerus clausus, §§ 119, 120, 123 BGB unterworfen und infolgedessen ein unfruchtbarer Begriff geworden ist. Daß sie auch inhaltlich vergleichbare Begriffe sind, soll im folgenden dargelegt werden.

1. Wesen und Definition.

- a) Das Wesen der Anfechtbarkeit ist im deutschen Recht nicht unumstritten. Nach der herrschenden Lehre ist Anfechtbarkeit eine vom Willen eines Anfechtungsberechtigten abhängige Nichtigkeit verbunden mit der Annahme vorläufiger Geltung.²⁾ Die Ansicht, Anfechtbarkeit sei eine vorläufige Gültigkeit oder Wirksamkeit, die durch Anfechtung rückwirkend entkräftet werde,³⁾ steht mit der herrschenden Lehre nicht in Widerspruch, sondern betont nur die eigentümliche Verbindung von Nichtig-

1) Travaux 1947/8 S.335.

2) in diesem Sinne: Enneccerus-Nipperdey § 202 II 1, 203 II; Lehmann § 27 II 2 a; Strohal aaO. S.3.

3) in diesem Sinne: Windscheid-Kipp I S.434; von Tuhr II 1 S.297; Staudinger Komm. Anm.36 vor § 104 BGB; Oertmann Komm. Anm.1 c vor § 139 BGB; Planck Komm. Anm.V 2 vor § 104 BGB; Titze "Rechtsgeschäft" 4 b.

keit und Wirksamkeit bei der Anfechtbarkeit verschieden. Abweichend von der h.M. sehen einige in der Anfechtbarkeit eine relative Nichtigkeit, d.h. eine Nichtigkeit, die nur von einem Berechtigten geltend gemacht werden kann;¹⁾ nach dieser Meinung liegt bis zur Anfechtung nur ein Rechtsschein vor, wie er auch bei der Nichtigkeit bestehen kann. Diese Ansicht dürfte jedoch noch vom gemeinen Recht beeinflusst sein, in welchem eine relative Nichtigkeit neben einer Anfechtbarkeit bestand, wobei letztere sich nicht gegen das Rechtsgeschäft, sondern nur gegen dessen Rechtsfolgen richtete.²⁾ Die Anfechtbarkeit des BGB wurde demgegenüber bewußt als Ungültigkeit aufgefaßt, als Abart der Nichtigkeit.³⁾ Man darf daher nicht, wie die h. M., von einer vorläufigen Gültigkeit des anfechtbaren Rechtsgeschäfts reden; denn Gültigkeit und Ungültigkeit schließen sich notwendig aus und können auch zeitlich nicht ineinander übergehen. Richtig ist es nur, von einer vorläufigen Wirksamkeit des anfechtbaren Rechtsgeschäfts zu sprechen⁴⁾, da Ungültigkeit und Wirksamkeit auf verschiedenen Ebenen liegen und koexistieren können. Die Wirksamkeit ist durch die Anfechtung auflösend bedingt: Erfolgt die Anfechtung ordnungsgemäß, so wird das Rechtsgeschäft rückwirkend absolut unwirksam, unterbleibt sie oder ist sie ihrerseits unwirksam, so bleibt das Rechtsgeschäft wirksam.⁵⁾ Ob die Ungültigkeit heilt (durch Bestätigung), ist eine davon unabhängige und weniger bedeutsame Frage; denn auch bei fortbestehendem Mangel kann die Anfechtbarkeit entfallen, z.B. durch Fristversäumung. Die Anfechtbar-

1) so Manigk "Unwirksamkeit" I 5; Jacobi aaO.S.34 und AcP 86, 75.

2) Enneccerus-Nipperdey § 203 I.

3) § 112 des 1.Entwurfs, Motive I 219.

4) so auch von Tuhr II 1 S.278.

5) von Tuhr II 1 S.298.

ket ist daher zu definieren als eine bedingte Ungültigkeit verbunden mit schwebender Wirksamkeit.

- b) Auch die Rechtsnatur der nullité relative ist nicht eindeutig, wobei fraglich ist, ob sie eine relative Nichtigkeit oder eine Anfechtbarkeit ist. Der Name scheint für erstere zu sprechen, doch deutet der häufig synonym gebrauchte Ausdruck annulabilité¹⁾ und der gesetzliche Ausdruck rescision, die ja nur eine Abart der nullité relative ist, auf Anfechtbarkeit im deutschen Sinn. Die französische Lehre äußert sich zu diesem Problem kaum; offenbar geht sie aber von einer Wirksamkeit des von relativer nullité betroffenen Rechtsgeschäfts aus, die endgültig ist, wenn der Berechtigte sich nicht auf die nullité beruft, die aber rückwirkend beseitigt wird, wenn er die nullité gehörig geltend macht.²⁾ Diese Anschauung läßt auf Anfechtbarkeit schließen. Deutsche Autoren, die sich mit dieser Frage befaßten, kommen zu dem Ergebnis, daß die nullité relative eine echte Anfechtbarkeit ist,³⁾ oder sprechen kurzerhand von Anfechtbarkeit.⁴⁾ Ob diese Gleichsetzung zulässig ist, muß erst der Vergleich der Bedeutung beider Begriffe ergeben, doch kann davon ausgegangen werden, daß die nullité relative eine vom Willen eines zur Geltendmachung Berechtigten abhängige Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts wegen Ungültigkeit ist.

2. Die Geltendmachung der Anfechtbarkeit und der nullité relative.

- a) Die Geltendmachung der Anfechtbarkeit, die Anfechtung, erfolgt im deutschen Recht durch eine Erklärung an den Anfechtungsgeg-

1) Planiol I 340; Colin-Capitant I 67; Laborde-Lacoste I 235; Travaux 1946/7 S.51.

2) de Page I 98; Capitant 281; Ponsard "nullité" 151; Morandierè II 765.

3) Windscheid aaO. S.44, 1; Crome aaO. S.244.

4) Zachariae § 129 II.

ner, § 143 Abs.1 BGB. Diese Anfechtung durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung in Ausübung eines Gestaltungsrechts¹⁾ ist eine Neuerung und Eigenheit des BGB.²⁾ Die Anfechtungserklärung ist grundsätzlich an keinerlei Form gebunden, es muß nur erkennbar zum Ausdruck kommen, daß der Berechtigte das Rechtsgeschäft wegen eines Mangels nicht gelten lassen wolle.³⁾ Ausnahmsweise ist eine besondere Form vorgeschrieben für die Anfechtung der Erbschaftsannahme oder -ausschlagung, §§ 1955, 1945 BGB, eines Erbvertrages, § 2282 Abs.3 BGB und der Ausschlagung eines Vermächnisses, § 2308 BGB.⁴⁾ Die Anfechtungserklärung kann auch im Prozeß erfolgen, ohne damit ihren rechtsgeschäftlichen Charakter zu verlieren.⁵⁾ Es ist klar, daß es bei Nichtanerkennung der Anfechtung durch den Anfechtungsgegner zum Prozeß zwischen Anfechtendem und jenem kommen muß; in diesem Prozeß wird aber nur darüber entschieden, ob die Anfechtung zulässig und begründet vorgenommen wurde, nicht etwa wird die Anfechtung erst durch den Prozeß geltend gemacht und das Urteil ausgesprochen.⁶⁾ Eine derartige rechtsgestaltende Anfechtungsklage kennt das deutsche Recht nur ausnahmsweise, insbes. bei der Ehe, §§ 28 f EheG (sog. Aufhebbarkeit) und im Handelsrecht, z.B. § 197 f AktG.

Wer der Anfechtungsgegner ist, wird vom BGB in § 143 Abs.2 - 4 ausführlich festgelegt; hinzu kommen die Bestimmungen der §§

-
- 1) Lehmann § 27 II 2 a; Staudinger Komm. Anm.37 vor § 104 und Anm.3 zu § 142.
 - 2) Oertmann Komm. Anm.1 c vor § 139.
 - 3) Lehmann § 27 II 2 c α.
 - 4) §§ 1596, 2342, 2081 BGB gehören nicht hierher, da dort keine Rechtsgeschäfte bzw. keine eigenen Rechtsgeschäfte angefochten werden.
 - 5) Lehmann § 27 II 2 c α.
 - 6) Enneccerus-Nipperdey § 203 II 1 c; Staudinger Komm. Anm.36 vor § 104 BGB.

1955, 1945, 2308 Abs.2 BGB über das Nachlaßgericht als Anfechtungsgegner. Bedeutsam ist, daß bei Verträgen stets der Vertragspartner, nicht dessen Sonderrechtsnachfolger Anfechtungsgegner ist.¹⁾ Die durch die Anfechtung herbeigeführte Nichtigkeit wirkt jedoch auch gegen diesen. Vor der Anfechtung kann die Anfechtbarkeit nicht geltend gemacht werden, ausgenommen vom Bürgen, Verpfänder und Eigentümer eines durch eine Fremdhypothek belasteten Grundstücks, §§ 770, 1211, 1137 BGB.

- b) Im französischen Recht ist die Geltendmachung auch der nullité relative umstritten. Fest steht lediglich, daß eine einseitige Erklärung des Rescisionsberechtigten²⁾ die annulation nicht herbeiführt, und für den Erklärenden nicht einmal bindend wäre.³⁾ Nach der herrschenden Meinung muß die nullité relative durch eine action en nullité vor Gericht geltend gemacht werden.⁴⁾ Eine extreme Lehre unterscheidet diese Klage überhaupt nicht von der bei nullité absolue notwendigen Klage, während die gemäßigte Auffassung bei der nullité relative annimmt, daß die nullité vom Richter ausgesprochen werde.⁵⁾ Dies scheint zu bedeuten, daß die action en nullité eine Gestaltungsklage ist; doch wird diese Deutung z.T. ausdrücklich ausgeschlossen,⁶⁾ z.T. wird sie dadurch widerlegt, daß die nullité relative nach einer anderen Meinung auch durch

1) Enneccerus-Nipperdey § 203 III 3 a; Lehmann § 27 II 2 c f, α α .
2) Dieser Ausdruck soll den zur Geltendmachung der nullité relative Berechtigten bezeichnen.
3) Planiol-Ripert VI 298.
4) Zajtay AcP 157, 489; Carbonnier II 131; Bonnecase III 7; Aubry-Rau I § 37, IV § 334 u. Anm.1.
5) Morandière II 744; Capitant 280; Planiol I 342.
6) Morandière II 785.

Einrede geltend gemacht werden kann¹⁾ und sogar mittels accord amiable herbeigeführt werden kann.²⁾ In der Reformkommission konnte, wie bereits erwähnt, keine Einigung in diesen Fragen erzielt werden.

Eine Klärung dieser scheinbaren Widersprüche ist m.E. möglich, wenn man den Begriff der action en nullité ou en rescision, die der Code civil in art.1117 und 1304 bei den wichtigsten Fällen der nullité relative gewährt, nicht unbesehen als eine Nichtigkeitsklage versteht. Das französische Recht ist noch vom aktionenrechtlichen Denken beherrscht, es hat die begriffliche Unterscheidung der Klage von dem ihr zugrunde liegenden Anspruch noch nicht vollzogen, weshalb auch im Schuldrecht die obligation der Zentralbegriff ist, im deutschen Recht dagegen der Anspruch, den die französische Lehre nicht zu kennen scheint. Man muß daher m.E. die action en nullité ou en rescision als einen Anspruch auf Annullierung bzw. Rescision verstehen, der mit einer entsprechenden Klage bewehrt ist.³⁾ Macht der Reszisionsberechtigte den Anspruch gegen den Reszisionsgegner geltend, und ist dieser einverstanden, so wird die nullité relative durch diese Einigung herbeigeführt, par accord amiable. Bestreitet dagegen der Reszisionsgegner den Anspruch, so muß er vom Reszisionsberechtigten verklagt werden. Die Klage richtet sich auf die Einwilligung in die Annullierung, ist also weder eine Gestaltungs- noch eine Feststellungsklage, sondern eine Leistungsklage im Sinne des deutschen Rechts. Die nullité wird also, wenn der Anspruch berechtigt ist, vom Rich-

1) Planiol-Ripert VI 299; Morandiére II 744; Zachariae § 312 Anm.1.

2) Planiol-Ripert VI 296; Ponsard "nullité", 28.

3) angedeutet bei Windscheid aaO. S.46 (vor seiner Schrift "Die Actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts", 1856).

ter ausgesprochen. Dieses iudicium rescindens kann und wird häufig, wenn beantragt, mit dem iudicium rescissorium verbunden werden, das die Rückgewähr der auf Grund des von nullité relative betroffenen Vertrages erfolgten Leistung anordnet.¹⁾ Die Rechtslage ist somit der im deutschen Recht im Fall der Wandelung, §§ 462, 465 BGB, gegebenen vergleichbar, bei der ebenfalls ein Anspruch auf Rückgängigmachung des Vertrags mit dem Anspruch auf Rückgewähr der geleisteten Sache verbunden und gemeinsam eingeklagt werden kann.²⁾ Genau wie der Wandlungsanspruch³⁾ kann auch der Anspruch auf annulation ou rescision auch durch Einrede gegen einen Leistungsanspruch geltend gemacht werden, par voie d'exception, wobei es sich um eine echte Einrede, nicht, wie bei der nullité absolue, um eine Einwendung handelt. Auch die Einrede der nullité relative kann zum accord amiable oder zum Prozeß führen. Die Frage, wann der Anspruch durch Klage und wann durch Einrede geltend gemacht wird, hängt auch hier davon ab, ob der contrat nul ausgeführt ist oder nicht. Bei der Ehe und bei Rechtsgeschäften, aus denen kein Leistungsanspruch entsteht, wird mandagegen nur eine Geltendmachung par voie d'action für möglich halten müssen.⁴⁾ Hinsichtlich ihrer Geltendmachung besteht jedenfalls zwischen der Anfechtbarkeit und der nullité relative ein so großer Unterschied, daß eine Gleichsetzung beider Begriffe nicht mehr als möglich erscheint.

¹⁾ Zachariae § 129; Crome aaO.S.245.

²⁾ RG st.Rsp., Palandt Komm. § 465 Anm.1 BGB, im übrigen bekannter Theorienstreit.

³⁾ Palandt Komm. § 465 Anm.1 BGB.

⁴⁾ für die Ehe in diesem Sinne wohl Weill "mariage" 978.

3. Die Eigenschaften der Anfechtbarkeit und der nullité relative.

a) Die Anfechtbarkeit und die nullité relative können nicht von jedem Interessierten geltend gemacht werden, sondern grundsätzlich nur von dem Anfechtungsberechtigten bzw. Rescisionsberechtigten.¹⁾ Dies ist in erster Linie jene Person, in deren Interesse und zu deren Schutz die Anfechtbarkeit bzw. die nullité relative vom Gesetz vorgesehen ist.²⁾ Daneben ist auch der gesetzliche Vertreter, curateur oder conseil judiciaire dieser Person anfechtungs- bzw. rescisionsberechtigt,³⁾ und weiter dessen Gesamtrechtsnachfolger, insbes. der Erbe.⁴⁾ Rescisionsberechtigt ist auch ein Sonderrechtsnachfolger (ayant cause à titre particulier)⁵⁾ und, infolge der Bestimmung des art. 1166 cciv, u.U. auch ein Gläubiger des primär Berechtigten;⁶⁾ dies gilt nicht für die Anfechtung, da diese kein Anspruch, sondern Gestaltungsrecht ist, und grundsätzlich nur dem Erklärenden zusteht, abgesehen vom Fall des § 318 Abs. 2 BGB und bei Stellvertretung.⁷⁾ Das französische Recht kennt in einzelnen Fällen eine generalisierte nullité relative, in denen nicht nur der Geschützte rescisionsberechtigt ist oder in denen mehrere Personen geschützt und rescisionsberechtigt sind:⁸⁾ der Kaufvertrag unter Ehegatten, die Erbteilung des

-
- 1) Lehmann § 27 II 2 c B; Colin-Capitant I 67, 1; Planiol I 343.2; Carbonnier II 131; Ponsard "nullité" 44; Planiol-Ripert VI 290 erhebt diese Eigenschaft geradezu zum Wesen der nullité relative.
 - 2) so art. 52 Abs. 2 du projet, Travaux 1947/8 S. 345.
 - 3) Morandière II 760 a; Ponsard "nullité" 53.
 - 4) Lehmann § 27 II 2 c B; Morandière II 760 b; Planiol-Ripert VI 290.
 - 5) Morandière II 760 d.
 - 6) Planiol-Ripert VI 290; Zachariae § 292; Morandière II 760 c.
 - 7) Lehmann § 27 II 2 c B.
 - 8) Ponsard "nullité" 47, 55 f; Planiol-Ripert VI 291.

art.1077 cciv, der Ehevertrag und, strittig, die Gesellschaft.

- b) Die Anfechtbarkeit und die nullité relative werden nicht von Amts wegen beachtet, sondern nur bei Geltendmachung durch Anfechtungs- bzw. Rescisionsberechtigte. Dies folgt aus dem Schutzgedanken; denn niemand wird geschützt, der dies nicht will. Der Anfechtungsberechtigte darf und kann allein über die Aufrechterhaltung des Rechtsgeschäfts entscheiden. Im französischen Recht ist es aber möglich, daß auch eine nullité relative d'ordre public ist, insbes. bei Incapazität; dann wäre sie von Amts wegen zu beachten.¹⁾ Dies dürfte jedoch nur mit der unsicheren Anwendung von nullité absolue oder nullité relative in manchen Fällen von Tatbestandsmängeln zusammenhängen.
- c) Die Anfechtbarkeit und die nullité relative können nicht jederzeit, sondern nur innerhalb gewisser zeitlicher Schranken geltend gemacht werden. Im deutschen Recht ist die Anfechtung stets an eine Ausschlußfrist geknüpft, nach deren Ablauf das Anfechtungsrecht erlischt.²⁾ Die Anfechtungsfrist ist bei Irrtum und falscher Übermittlung unbestimmt, jedenfalls aber sehr kurz, § 121 Abs.1 BGB, da die Anfechtung unverzüglich nach Kenntnis vom Anfechtungsgrund erfolgen muß. Bei arglistiger Täuschung und Drohung beträgt die Anfechtungsfrist ein Jahr, § 124 Abs.1 BGB und beginnt mit Entdeckung der Täuschung bzw. dem Aufhören der Zwangslage. Die Anfechtung der Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses, § 2308

1) Planiol-Ripert VI 301.

2) Lehmann § 27 II 2 ex .

BGB muß binnen sechs Wochen, § 1954 Abs.1 BGB, ausnahmsweise binnen sechs Monaten erfolgen, § 1954 Abs.3 BGB, die Anfechtung eines Erbvertrages binnen eines Jahres, § 2283 Abs.1 BGB. Die Aufhebungsklage bei der Ehe muß ebenfalls binnen eines Jahres erhoben werden, § 35 Abs.1 EheG. Eine Hemmung des Fristablaufs ist in den Fällen der §§ 203 Abs.2, 206, 207 BGB möglich, §§ 124 Abs.2 Satz 2, 1954 Abs.2 Satz 2, 2283 Abs.2 Satz 2 BGB, ähnlich § 35 Abs. 3 EheG. Die Anfechtung ist grundsätzlich 30 Jahre nach Abgabe der Willenserklärung ausgeschlossen, §§ 121 Abs.2, 124 Abs.3, 1954 Abs.4 BGB.

Im französischen Recht ist die *action en nullité* ou en *rescission* grundsätzlich an eine Frist von 10 Jahren gebunden, art. 1304 Abs.1 cciv. Diese Frist ist keine Ausschußfrist (*délai préfix*), sondern eine echte Verjährungsfrist,¹⁾ was ebenfalls dafür spricht, daß die *action en nullité* ein Anspruch ist. Kürzere Fristen gelten ausnahmsweise für die Ehe, art.181, 183 cciv (sechs Monate bzw. ein Jahr), die *lésion* bei der Erbschaftsteilung und beim Grundstücksverkauf, art.1080 Abs.3, 1676 Abs.1 cciv (zwei Jahre); diese Fristen sind Ausschußfristen.²⁾ Die zehnjährige Verjährungsfrist beginnt im Falle des Irrtums und des *dol* mit deren Entdeckung, im Falle der *violence* mit dem Aufhören der Zwangslage zu laufen, art.1304 Abs.2 cciv. In den Fällen der *nullité relative* wegen *Incapacité* beginnt die Frist erst mit der Erlangung der vollen Geschäftsfähigkeit zu laufen, art.1304 Abs.3 cciv, der auf die dort nicht genannten Fälle analog angewendet wird.³⁾ In allen anderen Fällen der *nullité*

1) Ponsard "nullité" 132; Capitant 288; Planiol-Ripert VI 313.

2) Morandiére II 779; Carbonnier II 131.

3) Colin-Capitant II 168; Planiol-Ripert VI 317; für die *aliénés non interdits ni internés* bestritten; Ponsard "nullité" 147; Morandiére II 781.

relative, die aber praktisch die Ausnahme bilden (lésion), beginnt die Frist mit der Vornahme des Rechtsgeschäfts zu laufen.¹⁾ Für die Hemmung und Unterbrechung der Frist gelten die allgemeinen Regeln art.2242 f cciv. Die action en nullité verjährt jedoch nach h.M. in jedem Fall 30 Jahre nach Abschluß des Vertrages.²⁾ Art. 1304 Abs.1 cciv wird im französischen Recht als Ausnahme zu art.2262 cciv angesehen und daher einschränkend ausgelegt. Die zehnjährige Verjährungsfrist gilt daher nach dem Wortlaut nur für Verträge, nicht aber für einseitige Rechtsgeschäfte³⁾, und von den Verträgen auch nur für vermögensrechtliche, nicht aber für personenrechtliche.⁴⁾ Bei letzteren verjährt, wenn nicht besondere Fristen vorgesehen sind, ebenso wie bei einseitigen Rechtsgeschäften die action en nullité erst in 30 Jahren.⁵⁾ Umstritten ist die Frage, ob auch die Einrede der nullité relative nach Ablauf der zehnjährigen Verjährungsfrist nicht mehr vorgebracht werden kann. Während ein Teil der Lehre dies bejaht,⁶⁾ läßt die Rechtsprechung und mit ihr die h.L. die Einrede unverjährbar sein,⁷⁾ ebenfalls unter Berufung auf den Wortlaut des art.1304 Abs.1 cciv und den Grundsatz: "Quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum." Dies ist ein bedeutsamer Gegensatz zum deutschen Recht, wo nicht nur die Anfechtung, sondern auch un-

-
- 1) Colin-Capitant II 167; Ponsard "nullité" 134; Planiol-Ripert VI 316; Morandière II 780.
 - 2) Planiol-Ripert VI 319; Morandière II 782; Ponsard "nullité" 130, a.A. Colin-Capitant II 168.
 - 3) Ponsard "nullité" 125; Morandière II 777; a.A. Planiol-Ripert VI 314; Zachariae § 317.
 - 4) Ponsard "nullité" 126; Morandière II 777.
 - 5) Colin-Capitant II 164.
 - 6) Windscheid aaO.S.166.
 - 7) Colin-Capitant II 169; Ponsard "nullité" 99.

selbständige Einreden, wie grundsätzlich auch die des Sachmangels, § 478 BGB, nach Ablauf der Ausschuß- bzw. Verjährungsfrist nicht mehr möglich sind.¹⁾ Ausnahmen, die der Rechtslage im französischen Recht entsprechen, sind in § 853 und 2083 BGB enthalten.

Unstreitig ist im französischen Recht, daß art.1304 cciv nicht für die klageweise Geltendmachung der nullité absolue gilt.²⁾ Dies können auch die Vertreter jener extremen Auffassung nicht leugnen, für die kein Wesensunterschied in der action en nullité bei nullité absolue und nullité relative besteht.³⁾ Die verschieden lange Verjährungsfrist der art.1304 und 2262 cciv ist aber nur dann sinnvoll und verständlich, wenn man zugibt, daß es sich bei der nullité absolue nur um eine Feststellungsklage handelt, die einen schon bestehenden Zustand, die Nichtigkeit, nur enthüllt und einen Rechtsschein aufhebt, während bei der nullité relative die action en nullité ou en rescision die nullité erst herbeiführt und die vorläufige Wirksamkeit aufhebt.

Der Reformentwurf berücksichtigt die vielfach geäußerte Kritik, daß die Frist des art.1304 Abs.1 viel zu lang sei,⁴⁾ und sieht vor, daß action en nullité relative in zwei Jahren, bei Fällen von incapacité in fünf Jahren verjähren soll.⁵⁾ Im übrigen bestätigt er die gegenwärtige Rechtslage der h.M.⁶⁾.

1) Lehmann § 45 I 3.

2) Windscheid aaO.S.69; Ponsard "nullité" 102; Aubry-Rau IV § 339, 1 u. Anm.3 bis.

3) Planiol-Ripert VI 315; Carbonnier II 131; Morandière II 773; Zajtay AoP 157, 489.

4) z.B. Planiol-Ripert VI 298.

5) art.60 Abs.2 du projet, Travaux 1947/8 S.346.

6) art.61, 62, 63 aaO, Travaux 1947/8 S.346.

Eine Neuerung besteht darin, daß er Dritten die Möglichkeit geben will, binnen einer kurzen Frist den Rescisionsberechtigten zu einer Entscheidung über die Geltendmachung der nullité relative zu zwingen.¹⁾

- d) Die Anfechtbarkeit und die nullité relative sind nicht unheilbar, sondern kommen in Wegfall, wenn das Rechtsgeschäft vom Anfechtungs- bzw. Rescisionsberechtigten bestätigt wird, § 144 BGB, art. 1338 cciv.²⁾ Die Bestätigung bedeutet eine echte Heilung des mangelhaften Rechtsgeschäfts, im Gegensatz zum Fristablauf, durch den die Anfechtung zwar ebenfalls ausgeschlossen wird, der Tatbestandsmangel aber unberührt bleibt. Es ist daher verfehlt, die Verjährung der action en nullité als stillschweigende Bestätigung zu erklären.³⁾ Die Bestätigung, la confirmation, ist ein bewußter Verzicht auf das Anfechtungsrecht bzw. den Anspruch auf annulation ou rescission.⁴⁾ Sie muß daher, um wirksam zu sein, in Kenntnis des die Anfechtbarkeit bzw. die nullité relative begründenden Mangels und mit der Absicht, eine Heilung dieses Mangels herbeizuführen, erfolgen.⁵⁾ Sie ist ein einseitiges Rechtsgeschäft⁶⁾ und kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen,⁷⁾ letzte-

1) art. 59 aaO. Travaux 1947/8 S. 346.

2) Lehmann § 27 II 2 e B; Zachariae § 319; Aubry-Rau IV § 337; Planiol-Ripert VI 303; Colin-Capitant I 67, 2; Planiol I 343, 3.

3) so die h.L., Ponsard "nullité" 97; a.A. Planiol-Ripert VI 313.

4) von Tuhr II 1 S. 319; RGZ 68, 400; Morandière II 764.

5) Enneccerus-Nipperdey § 203 III 6; RGR Komm. § 144 Anm. 3 BGB; Breton "confirmation" 26 f; Planiol-Ripert VI 306; Morandière II 768; Aubry-Rau IV § 337, 3.

6) RGR Komm. § 144 Anm. 2 BGB, nicht empfangsbedürftig; Breton "confirmation" 14; Morandière II 765; Planiol-Ripert VI 306.

7) § 144 Abs. 2 BGB; Enneccerus-Nipperdey § 203 III 6; von Tuhr II 1 S. 320; Planiol-Ripert VI 308; art. 54 du projet, Travaux 1947/8 S. 345.

res insbes. durch bewußte Erfüllung des anfechtbaren Vertrages, art.1338 Abs.2 cciv, oder Weiterveräußerung des anfechtbar erworbenen Gegenstandes. Für die ausdrückliche Bestätigung verlangt art.1338 Abs.1 cciv die Angabe des zu bestätigenden Rechtsgeschäfts, des Mangels und der Bestätigungsabsicht. Diese Formvorschrift betrifft jedoch nur die Beweisbarkeit der Bestätigung, ist für deren Gültigkeit und Wirksamkeit aber ohne Bedeutung.¹⁾ Die Bestätigung darf nicht ihrerseits mangelhaft sein, insbes. nicht an demselben Mangel wie das zu bestätigende Geschäft leiden.²⁾ Die Beseitigung des letzteren anhaftenden Mangels ist dagegen keine Voraussetzung einer wirksamen Bestätigung,³⁾ vielmehr deren Folge. Ist eine stillschweigende (betätigte) Bestätigung mangelhaft, so ist sie ohne weiteres unwirksam; ist eine ausdrückliche (erklärte) Bestätigung mangelhaft, so muß sie gegebenenfalls selbst angefochten werden, um unwirksam zu sein.⁴⁾

Eine wirksame Bestätigung hat zur Folge, daß das anfechtbare Rechtsgeschäft, von Anfang an als gültig und wirksam anzusehen ist, soweit es sich um den Mangel handelt, der durch die Bestätigung geheilt werden sollte. Die Bestätigung wirkt unter den Parteien und gegenüber Dritten ex tunc und dinglich, arg. e § 141 Abs.2 BGB. Auch im französischen Recht hat die confirmation grundsätzlich die rückwirkende Heilung des mangelhaften acte juridique zur Folge.⁵⁾ Aus der letzten Bestimmung des art.

-
- 1) Morandière II 770; Breton "confirmation" 44; art.56 du projet, Tra-
vaux 1947/8 S.345.
 - 2) Planiol-Ripert VI 305; Breton "confirmation" 31 f; Capitant 287.
 - 3) so aber Planiol-Ripert VI 305; Morandière II 767; a.A. Breton "con-
firmation" 13.
 - 4) von Tuhr II 1 S.320; Morandière II 771; Breton "confirmation" 45 f,
56.
 - 5) Morandière II 772; de Page II 802; Breton "confirmation" 61 f.

1304 Abs.3 cciv, wonach die Bestätigung "sans préjudice du droit des tiers" wirke, ergibt sich jedoch die bemerkenswerte Ausnahme, daß die vor der Bestätigung erworbenen Rechte der Sonderrechtsnachfolger des Rescisionsberechtigten unberührt bleiben.¹⁾ Dies wird an folgendem Beispiel klar: Ein Minderjähriger verkauft ein Grundstück; volljährig geworden verkauft er es erneut an einen anderen Dritten; schließlich bestätigt er den ersten Verkauf. Hier wird der zweite Erwerber geschützt, der bestätigte erste Verkauf kann ihm nicht entgegengehalten werden.²⁾ Die Rechtslage ist somit

der im deutschen Recht bei der Genehmigung gegebenen vergleichbar, bei der Zwischenverfügungen des Genehmigenden von der rückwirkenden Heilung ebenfalls nicht betroffen werden, § 184 Abs.2 BGB. Die Unterscheidung von confirmation und ratification ist im französischen Recht nicht durchgeführt,

wie art.1338 c civ deutlich zeigt. Die beschränkte Rückwirkung der confirmation ist das einzige Argument, das dafür spricht, daß die nullité relative eine relative Nichtigkeit und keine Anfechtbarkeit ist, wenn man deren Unterschied darin erblickt, daß das Geschäft bei ersterer die Wirksamkeit durch die Bestätigung erlangt, bei letzterer endgültig behält.³⁾ Da aber alle anderen Eigenschaften und die Art der Geltendmachung der nullité relative auf eine, allerdings von der deutschen verschiedene Anfechtbarkeit hindeuten, wird man die fehlende Drittwirkung der confirmation als eine durch

1) Morandiére II 772; Zachariae § 319 Anm.29; Planiol-Ripert VI 309, art.58 du projet, Travaux 1947/8 S.346.

2) Capitant 287; Aubry-Rau IV § 337, 4.

3) Windscheid aaO S.71; ähnlich Crome aaO.S.243.

Billigkeitserwägungen motivierte Inkonsequenz ansehen müssen.¹⁾ - Aus art.1338 cciv läßt sich eine weitere Stütze der hier vertretenen Ansicht gewinnen, daß die Geltendmachung der nullité absolue und der nullité relative wesensverschieden ist. Nach art.1338 Abs.1 ist die Bestätigung in den Fällen möglich, in denen das Gesetz die action en nullité ou en rescision gibt. Die Lehre, die auch bei nullité absolue nur eine Geltendmachung durch action en nullité anerkennen will, müßte daher auch dort die Bestätigung zulassen. Es ist jedoch unstreitig, daß bei nullité absolue keine confirmation möglich ist. Das bestätigt, daß es sich nur bei nullité relative um eine echte action en nullité handelt, während bei nullité absolue nur scheinbar eine action "en nullité" gegeben ist.²⁾

4. Die Folgen der Anfechtung und der annulation.

Die Anfechtbarkeit und die nullité relative haben als Folge unmittelbar nur die Möglichkeit der Anfechtung und der annulation ou rescision. Die Folge der Anfechtung, und damit die mittelbare Folge der Anfechtbarkeit, ist die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts, § 142 Abs.1 BGB.³⁾ Die Ansicht, das angefochtene Rechtsgeschäft stehe einem nichtigen gleich,⁴⁾ zieht nicht die Konsequenz aus dem Wesen der Anfechtbarkeit als einer bedingten Nichtigkeit, bedeutet aber praktisch keinen Unterschied. Die Nichtigkeit bedeutet u.a., daß ein angefochtenes Rechtsgeschäft nicht mehr bestä-

1) Windscheid aaO.S.179 f.

2) ähnlich Windscheid aaO S.70.

3) Lehmann § 27 II 2 d; von Tuhr II 1 S.300.

4) Enneccerus-Nipperdey § 203 II 1; Strohal aaO.S.4.

tigt werden kann,¹⁾ und daß jeder rechtlich Interessierte sich auf die Anfechtung berufen kann.²⁾ Die Hauptfolgen der Anfechtung sind ebenfalls die der Nichtigkeit, unter den Parteien und gegenüber Dritten.³⁾ Bei der Frage der Gutgläubigkeit Dritter kommt es darauf an, ob sie die Anfechtbarkeit kannten oder eventuell kennen mußten, § 142 Abs.2 BGB. Eine Beschränkung der Wirkung der Anfechtung auf die Zukunft, ex nunc, findet in den selben Fällen statt wie bei der Nichtigkeit,⁴⁾ insbes. also bei der Ehe, § 37 Abs.1 EheG.

Auch im französischen Recht gilt, daß die Rechtsfolgen nach der Annulierung dieselben sind wie bei der nullité absolue.⁵⁾ Das Rechtsgeschäft wird also ex tunc vernichtet (anéanti), der frühere Zustand wird wiederhergestellt (remise en état), bei Ausführung eines contrat annulé findet eine restitution statt.⁶⁾ Es wurde bereits erwähnt, daß die action en nullité mit der action en restitution gemeinsam anhängig gemacht werden kann. Da sich die restitution auch gegen Dritte richten kann, der Anspruch auf Annulierung aber nur gegen den Rescisionsgegner, und da die Rechtskraft des die Annulierung aussprechenden Urteils auf die Parteien begrenzt ist, art.1156 cciv, muß gegebenenfalls der Rescisionsgegner zusammen mit seinem Rechtsnachfolger verklagt werden.⁷⁾

-
- 1) Lehmann § 27 II 2 e B; wohl aber ist theoretisch eine Anfechtung der Anfechtungserklärung denkbar, die den Zustand der Bestätbarkeit wieder herbeiführen würde.
 - 2) Enneccerus-Nipperdey § 203 II 1 a; Staudinger Komm. Anm.39 vor § 104 BGB.
 - 3) Motive I S.219; RGR Komm. § 142 Anm.9 ff BGB; Staudinger Komm. § 142 Anm.1.
 - 4) Enneccerus-Nipperdey § 202 II 3.
 - 5) Ponsard "nullité" 152; Morandière II 784; de Page II 780; Carbonnier II 132; Zachariae § 129.
 - 6) Aubry-Rau IV § 336 und oben S. 196 ff
 - 7) Windscheid aaO.S.155 f; Morandière II 785.

Abschließend läßt sich sagen, daß die Anfechtbarkeit und die nullité relative Begriffe sind, die ähnliche Aufgaben auf ähnliche, aber doch im einzelnen recht verschiedene Weise lösen und deshalb zwar vergleichbar, aber nicht identifizierbar sind.

3. Kapitel: Die Unwirksamkeit im engeren Sinn.

Die Unwirksamkeit im engeren Sinn als jene Unwirksamkeit, die nicht auf Ungültigkeit beruht, ist im deutschen Recht kein einheitlicher Begriff; im französischen Recht ist sie ein bis jetzt unbekannter Begriff. Sie zerfällt in die relative Unwirksamkeit, die schwebende Unwirksamkeit und die Unwirksamkeit schlechthin, die man auch als endgültig-absolute Unwirksamkeit bezeichnen könnte. Diese Unterarten haben gewisse Entsprechungen im französischen Recht.

1. Die relative Unwirksamkeit und die inopposabilité.

Dieser Wirkungsmangel, von älteren Autoren auch als relative Nichtigkeit bezeichnet,¹⁾ ist im deutschen Recht der umstrittenste. Vom BGB nur sehr spärlich geregelt (§ 135), ohne klaren Vorläufer im gemeinen Recht, sind nicht nur seine Anwendungsfälle bei den Tatbestandsmängeln,²⁾ sondern auch seine Bedeutung und Durchführung Gegenstand verschiedenster Ansichten.³⁾ Demgegenüber ist die inopposabilité des französischen Rechts ein kaum umstrittener, al-

1) Jacobi AcP 86, 76; Titze "Rechtsgeschäft" 4 c.

2) oben S.142.

3) vgl. Lehmann § 27 II 4 d; von Tuhr II 1 S.327 f; Enneccerus-Nipperdey § 144 Anm.18; Knoke aaO S.415 f; Strohal aaO S.11 f; Cертmann Komm. § 135 Anm.2.

lerdings auch noch wenig erforschter Begriff.¹⁾

- a) Das Wesen der relativen Unwirksamkeit besteht in einer Verbindung von Gültigkeit und Wirksamkeit unter den Parteien einerseits mit einer Unwirksamkeit bestimmten Dritten gegenüber andererseits.²⁾ Nach dem BGB ist die relative Unwirksamkeit ein Wirkungsmangel, der nur Verfügungen betrifft, § 135 BGB, nicht Rechtsgeschäfte schlechthin. Hier besteht die Unwirksamkeit nur ganz bestimmten Dritten gegenüber, nicht aber allen beliebigen Dritten. Faßt man, in Abweichung von der herkömmlichen Lehre, auch die Nichtentgegensetzbarkeit gewisser Rechtsgeschäfte Dritten gegenüber, wie sie namentlich im Registerrecht vorkommt,³⁾ als eine relative Unwirksamkeit auf, so entfällt nicht nur die Beschränkung dieses Begriffes auf Verfügungen, sondern auch die Beschränkung der Unwirksamkeit auf einen oder einige Dritte; unwirksam ist das Rechtsgeschäft dann gegenüber Dritten schlechthin. Gemeinsam ist dieser relativen Unwirksamkeit im herkömmlichen, engeren Sinn und der im allgemeineren, weiteren Sinn der Zweck: der Schutz Dritter vor den von den Parteien gewollten Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts; sei es, daß die Erfüllung einer bestimmten Form Voraussetzung der Wirksamkeit gegenüber Dritten ist,⁴⁾ sei es, daß ein bestimmtes Hindernis der Wirksamkeit gegenüber besonders geschützten Dritten entgegensteht.⁵⁾ Dieser Schutzzweck macht die relative Unwirksamkeit der Anfechtbarkeit vergleichbar,

1) vgl. Houin in Travaux 1946/7 S.50.

2) Lehmann § 27 II 4 a; von Tuhr II 1 S.327; Lange aaO.S.316.

3) oben S.118.

4) so bei der Notwendigkeit einer Eintragung in ein Register, z.B. § 1412 BGB, 68, 70 BGB.

5) so bei Bestehen einer Verfügungsbeschränkung, z.B. § 135/6 BGB.

doch wird hier nicht eine Partei des Rechtsgeschäfts geschützt, sondern ein außenstehender Dritter.

Das Wesen der inopposabilité besteht, und darin stimmt sie völlig mit der relativen Unwirksamkeit überein, ebenfalls in einer Verbindung von Gültigkeit und Wirksamkeit unter den Parteien mit Unwirksamkeit gegenüber Dritten allgemein oder bestimmten Dritten.¹⁾ Auch sind die Hauptfälle der inopposabilité, Publizitätsmängel und Verfügungsbeschränkungen, dieselben wie der relativen Unwirksamkeit im weiteren Sinn.²⁾ Da auch der Schutzgedanke der inopposabilité innewohnt, ist eine vergleichende Darstellung beider Begriffe nicht abwegig.

- b) Geltendmachung. Die relative Unwirksamkeit tritt unbestritten von selbst, ipso iure ein.³⁾ Dasselbe gilt bemerkenswerterweise auch für die inopposabilité,⁴⁾ obwohl bei der nullité eine ipso iure Wirkung von der französischen h.M. abgelehnt wird. Ein geschützter Dritter kann sich daher gegenüber den Parteien des Rechtsgeschäfts ohne weiteres auf die relative Unwirksamkeit berufen. Dies schließt jedoch, wie bei der Nichtigkeit und nullité absolue, nicht aus, daß die Geltendmachung der relativen Unwirksamkeit im Prozeßwege erfolgen muß, wenn zwischen dem geschützten Dritten und einer der Parteien Streit über das Vorliegen oder die Folgen des Mangels besteht. In der Regel wird es sich dann um eine Leistungsklage mit inzidenter erfolgenden Feststellung handeln, doch kann

1) Planiol-Ripert VI 280; Ponsard "nullité" 6; Dalloz "nullité" 4; Carbonnier II 133; Morandière II 745; de Page I 29, 100, II 788; Laborde-Lacoste I 248.

2) oben S.120 und S.142.

3) von Tuhr II 1 S.327; Lehmann § 27 II 4 a.

4) Boulanger "porte-fort" 16.

unter den allgemeinen Voraussetzungen auch eine Feststellungsklage denkbar sein. Eine eigene action en déclaration d'inopposabilité (Feststellungsklage) sieht einer der Vorentwürfe zu einem reformierten Code civil vor.¹⁾

- c) Eigenschaften. Aus dem Zweck der relativen Unwirksamkeit bzw. inopposabilité folgt, daß sich nur der oder ein geschützter Dritter auf sie berufen kann,²⁾ nicht jedoch eine Partei des Rechtsgeschäfts oder ein nicht geschützter Dritter; denn ihnen gegenüber ist das Rechtsgeschäft gültig und auch wirksam. Im deutschen Recht wird aus dem Zweck weiter gefolgert, daß nur gutgläubige Dritte schutzwürdig sind und sich daher auf die relative Unwirksamkeit berufen dürfen; dies kommt in den Bestimmungen des Registerrechts zum Ausdruck, laut denen die Kenntnis des Dritten der Eintragung gleichsteht, § 1412 Abs.1 Satz 1, § 68 Abs.1 Satz 1 BGB, § 15 Abs.1 HGB. Im französischen Recht hängt dagegen die inopposabilité allein von der Tatsache der Nichteintragung ab.³⁾

Umstritten ist im deutschen Recht, ob die relative Unwirksamkeit von Amts wegen zu berücksichtigen ist. Die wohl h.M. verneint diese Frage,⁴⁾ m.E. zu recht, da der Schutzzweck durch eine Berücksichtigung nur bei Geltendmachung durch den geschützten Dritten voll erfüllt wird. Auch räumt die abweichende Meinung ein, daß infolge der Verhandlungsmaxime der Geschützte die Unwirksamkeit geltend machen muß, wenn er sie be-

1) Houin in Travaux 1946/7 S.58, art.29.

2) RGR Komm. § 135 Anm.2 BGB.

3) Colin-Capitant I 933.

4) Staudinger Komm. § 135 Anm.3; RGR Komm. § 135 Anm.2.

rücksichtigt sehen will.¹⁾ Praktisch erhebt sich die Frage wohl nie, da ein Prozeß immer dann und nur dann entsteht, wenn ein Dritter die Unwirksamkeit gegen eine der Parteien geltend macht. Ob die inopposabilité von Amts wegen oder nur dann berücksichtigt wird, wenn sich ein Dritter auf sie beruft, ist eine Frage, die im französischen Recht nicht erörtert wird. Man wird sie daher sachgemäß, d.h. ebenso wie die deutsche h.M. beantworten müssen.

Die relative Unwirksamkeit kann grundsätzlich jederzeit geltend gemacht werden, da weder § 135 BGB, noch § 6 KO und die anderen in Frage kommenden Bestimmungen eine Frist vorsehen, binnen der die Geltendmachung erfolgen muß. Dies ist zu bedauern, da das Schutzbedürfnis des Dritten auch bei Bestehen einer angemessenen Frist ausreichend gewahrt bliebe und eine zeitlich unbegrenzte Geltendmachung nicht erfordert. Auch die Interessen der Parteien des Geschäfts, soweit diese es nicht in der Hand haben, die relative Unwirksamkeit zu beheben, sind, wenn auch in untergeordnetem Maße, schutzwürdig. Dies berücksichtigen die §§ 41 KO, 12 AnfG, indem sie die "Anfechtung" der für den Gläubiger nachteiligen Rechtsgeschäfte des Schuldners, die nichts anderes ist als die Geltendmachung einer relativen Unwirksamkeit, an eine Frist von einem bzw. zehn Jahren knüpfen. Auch im französischen Recht ist die Geltendmachung der inopposabilité grundsätzlich an keine Frist gebunden, soweit nicht die allgemeine Vorschrift des art.2262 cciv eingreift, auch nicht die action paulienne, art.1167 cciv, die der Gläubigeranfechtung entspricht. Die Frist des art.1304 cciv ist jedenfalls nicht anwendbar.²⁾ Der erwähnte Vorentwurf zur Reform des Code civil sieht für die action en déclaration d'inopposabilité eine zehnjährige Verjährung vor.³⁾

1) Lehmann § 27 II 4 c α .

2) Ponsard "nullité" 101; Colin-Capitant II 164 A c.

3) Travaux 1946/7 S.59, art.29/30.

Die relative Unwirksamkeit und die inopposabilité sind heilbar. Die Heilung tritt einmal ein durch den Wegfall des Unwirksamkeitsgrundes,¹⁾ also durch Aufhebung der Verfügungsbeschränkung oder Nachholung der Eintragung; sie wirkt aber nur für die Zukunft, nicht ex tunc. Eine Heilung ist aber auch dadurch möglich, daß der Dritte, dem gegenüber die Unwirksamkeit besteht, auf ihre Geltendmachung verzichtet;²⁾ dies ergibt sich ebenfalls aus dem Schutzzweck. Eine vollständige Heilung tritt freilich nur dann ein, wenn nur ein Dritter oder einige wenige Dritte durch die relative Unwirksamkeit geschützt sind und auf den Schutz verzichten. Besteht dagegen die Unwirksamkeit einer unbestimmten Vielzahl von Dritten gegenüber, so tritt eine Heilung nur im Verhältnis zu den Dritten ein, die auf die Geltendmachung der Unwirksamkeit verzichten. Der Verzicht kann ausdrücklich, z.B. durch Zustimmung zu einer Verfügung entgegen einer Verfügungsbeschränkung, oder stillschweigend erfolgen, z.B. dadurch, daß das relativ unwirksame Rechtsgeschäft einfach als wirksam behandelt wird; die Parteien können den Dritten nicht auf die relative Unwirksamkeit verweisen. Die Heilung infolge Verzichts auf die Geltendmachung hat grundsätzlich Rückwirkung.³⁾

- d) Folgen. Die relative Unwirksamkeit im weiteren Sinn (Nicht-entgegengesetzbarkeit) und die inopposabilité haben zur Folge, daß der geschützte Dritte so handeln kann, als sei das Rechtsgeschäft nicht vorgenommen worden.⁴⁾ Die Existenz des Rechtsgeschäfts kann ihm nicht entgegengehalten werden, l'acte lui est inopposable. Es handelt sich also um einen Ausschluß von

1) Lehmann § 27 II 4 c B α α.

2) Lehmann § 27 II 4 c B, BB; Staudinger Komm. § 135 Anm.5; Oertmann Komm. § 135 Anm.5 b; Planiol-Ripert VI 280; Travaux 1946/7 S.59 Art.31.

3) Lehmann § 27 II 4 c B, BB.

4) Windscheid aaO S.122 f.

Einwendungen, wie er auch im Wertpapierrecht häufig ist. Diese einfache Lösung wird aber bei der relativen Unwirksamkeit im engeren Sinn nicht angewendet. Nach der herrschenden Meinung soll die Rechtsstellung der geschützten Person so gewahrt bleiben, wie wenn das Rechtsgeschäft überhaupt unwirksam wäre, im übrigen aber sollen alle Rechtswirkungen eintreten.¹⁾ Der Geschützte kann also den Veräußerer noch als Eigentümer ansehen, sich mit ihm einigen und sich den Herausgabeanspruch abtreten lassen; auf diese Weise nach § 931 BGB Eigentümer geworden, kann er vom Erwerber die Herausgabe der relativ unwirksam veräußerten Sache verlangen;²⁾ bei Grundstücken kann er Berichtigung des Grundbuchs verlangen.³⁾ Ein unmittelbarer Anspruch gegen den Erwerber auf Übereignung ist dagegen nach h.M. nicht gegeben.⁴⁾ Die Gutgläubigkeit des Erwerbers kann den Anspruch des Geschützten im Falle des § 135 BGB vereiteln, § 135 Abs.2 BGB.⁵⁾ Die Konstruktion der h.M. ist zwar nicht voll befriedigend, da sie eine Duplizität des Rechtssubjekts mit sich bringt,⁶⁾ doch konnten sich auch die abweichenden Lösungsversuche Knokes, Raapes, Strohals und Oertmanns wegen verschiedener Mängel nicht durchsetzen. Eine logisch und praktisch gleichermaßen befriedigende Konstruktion dürfte kaum gefunden werden können.⁷⁾

Ergebnis der erfolgreichen Geltendmachung der relativen Unwirksamkeit durch den einen Geschützten ist jedenfalls, daß

-
- 1) Enneccerus-Nipperdey § 202 III; Planck Komm. Anm.V 4 vor § 104.
 - 2) Enneccerus-Nipperdey § 144 II 2; Staudinger Komm § 135 Anm.11.
 - 3) RGR Komm. § 135 Anm.7.
 - 4) Enneccerus-Nipperdey § 144 Anm.20; Lehmann § 27 II 3 a; a.A.RGR Komm. § 135 Anm.6 BGB.
 - 5) Lehmann § 27 II 3 a.
 - 6) von Tuhr II 1 S.330.
 - 7) Staudinger Komm. § 135 Anm.11.

die relative Wirksamkeit der Verfügung unter den Parteien und gegenüber den nicht geschützten Dritten rückwirkend beseitigt wird und einer absoluten Unwirksamkeit weicht. Da das Rechtsgeschäft jedoch nicht ungültig ist, ist es denkbar, daß eine Schadensersatzpflicht des Veräußerers gegenüber dem Erwerber entsteht.

2. Die schwebende Unwirksamkeit.

Dieser Wirkungsmangel ist im deutschen Recht ein geläufiger und kaum streitiger Begriff. Der französischen Lehre ist er bis jetzt unbekannt, obwohl auch im französischen Recht, insbes. bei der Bedingung und Vertretung¹⁾ Fälle schwebender Unwirksamkeit vorkommen.

a) Wesen. Die schwebende Unwirksamkeit besteht darin, daß die endgültige Wirksamkeit oder Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts vorläufig ungewiß ist und erst mit dem Eintritt oder Nichteintritt eines künftigen Umstandes gewiß wird.²⁾ Sie ist also ihrer Natur nach ein vorübergehender Wirkungsmangel, der notwendigerweise entweder in die endgültige-absolute Unwirksamkeit oder in volle Wirksamkeit mündet. Sie hat ihren Grund regelmäßig darin, daß eine Bedingung des Rechtsgeschäfts noch aussteht, gewöhnlich eine gesetzlich aufschiebende, ausnahmsweise auch darin, daß ein Stück eines successive zu verwirklichenden Tatbestandes noch fehlt.³⁾ Im letzteren Fall könnte man von unechter schwebender Unwirksamkeit sprechen. Das Ge-

1) oben S.170 ff und S.162.

2) ähnlich Lehmann § 27 II 3; Lange aaO S.314; Staudinger Komm.Anm. 49 vor § 104 BGB.

3) oben S.125; von Tuhr II 1 S.274 spricht daher von unvollendeten Rechtsgeschäften.

sagte gilt nicht nur für das deutsche, sondern auch für das französische Recht, da mangels abweichender Regelung die Rechtslage so anzunehmen ist, wie sie sich aus der Natur der Sache ergibt.

- b) Eintritt und Geltendmachung. Die schwebende Unwirksamkeit tritt entweder ipso iure ein, nämlich dann, wenn eine Rechtsbedingung oder ein Tatbestandsstück aussteht, oder sie wird rechtsgeschäftlich durch eine echte Bedingung herbeigeführt. Ihre Geltendmachung bedarf keiner besonderen Form oder Gestaltung.
- c) Eigenschaften. Die schwebende Unwirksamkeit kann von jedem geltend gemacht werden, von den Parteien des Rechtsgeschäfts und von Dritten. Sie ist wohl auch von Amts wegen zu beachten, jedenfalls dann, wenn sie ipso iure eingetreten ist; bei einer echten Bedingung wird praktisch stets eine Geltendmachung durch einen Interessierten notwendig sein und erfolgen. Grundsätzlich besteht auch keine zeitliche Grenze der Geltendmachung, wenn auch das deutsche Recht in einigen Fällen der Rechtsbedingung eine Frist zur Entscheidung setzt, §§ 108 Abs.2 Satz 2, 177 Abs.2 Satz 2, 357, 359, 554 Abs.2, 1160 Abs.2 BGB. Die schwebende Unwirksamkeit ist heilbar; bei Eintritt der aufschiebenden Bedingung oder des fehlenden Tatbestandsstücks wird das Rechtsgeschäft endgültig wirksam, und zwar bei der echten schwebenden Unwirksamkeit grundsätzlich rückwirkend,¹⁾ bei der unechten dagegen und im deutschen Recht ausnahmsweise auch bei der rechtsgeschäftlichen Bedingung dagegen nur ex nunc. Eine Heilung tritt auch bei Ausfall einer auflösenden Bedingung ein, wohl auch im deutschen Recht bei rechtsgeschäftlicher Bedingung rückwirkend.

1) Staudinger Komm. Anm.49 vor § 104; Planck Komm. Anm.V 3 d vor § 104; Oertmann aaO S.111 f; zweifelnd Lehmann § 27 II 3 e; Stohal aaO S.6; für ratification Crome aaO S.272/3; Planiol-Ripert VI 50/1.

- d) Folgen. Während des Schwebezustandes ist das Rechtsgeschäft zwar grundsätzlich unwirksam, jedoch wegen der Möglichkeit der Heilung mit gewissen Wirkungen ausgestattet. Selbstverständlich ist die sog. Tatbestandswirkung,¹⁾ die darin besteht, daß der Tatbestand des Rechtsgeschäfts bereits vollständig oder doch überwiegend vorliegt und bei Eintritt des noch ausstehenden Umstandes nicht wiederholt zu werden braucht. Praktisch bedeutsamer ist die sog. Bindungswirkung.²⁾ Sie besteht darin, daß die Parteien des Rechtsgeschäfts während der Schwebezeit an dieses gebunden sind und es daher nicht widerrufen oder ignorieren können.³⁾ Ausnahmen von diesem Grundsatz kennt das deutsche Recht in den §§ 109 Abs.1 Satz 1, 178 Satz 1, 81 Abs.2 Satz 1, 873 Abs.2, 875 Abs.2 BGB, wobei aber die drei letztgenannten Fälle zur unechten schwebenden Unwirksamkeit gehören. Im einzelnen kann sogar eine Pflicht der Parteien zur gegenseitigen Rücksichtnahme und zur Herbeiführung der vollen Wirksamkeit bestehen.⁴⁾

Eine Folge der grundsätzlichen Unwirksamkeit ist einmal die Möglichkeit, § 139 BGB entsprechend anzuwenden.⁵⁾ Weiter kann eine Leistung, die während der Schwebezeit erbracht wurde, als nicht geschuldet zurückverlangt werden, § 812 f BGB, art.1376 f cciv.⁶⁾

1) Oertmann aaO.S.77 f.

2) Oertmann aaO.S.87 f.

3) Staudinger Komm. Anm.49 vor § 104; Planck Komm. Anm.V 3 c vor § 104; Strohal aaO.S.7; für den Fall der ratification Crome aaO.S. 272/3.

4) Lange aaO.S.315/6.

5) RGZ 120, 127.

6) Morandièrè II 1301.

- e) Eine seltene Abart der schwebenden Unwirksamkeit ist die schwebende Wirksamkeit, die vorliegt, solange eine auflösende Bedingung noch unentschieden ist.¹⁾ Auflösende Rechtsbedingungen enthalten die §§ 108 Abs.2 Satz 1, 111 Satz 2, 177 Abs.2 Satz 1, 354 Satz 2, 357, 359, 410 Abs.1 Satz 2, 554 Abs.2, 1160 Abs.2 BGB. Hier tritt vorläufig volle Wirksamkeit ein, die bei Realisierung der Bedingung rückwirkend wegfällt. Die Rückwirkung fehlt bei rechtsgeschäftlichen auflösenden Bedingungen im deutschen Recht.

3. Die endgültig-absolute Unwirksamkeit.

- a) Dieser Begriff ist im deutschen Recht ein Sammelbecken für die verschiedensten Fälle. Sie tritt ein als mögliches Ergebnis der schwebenden und der relativen Unwirksamkeit. Sie tritt von vornherein ein, wenn eine Voraussetzung, d.h. eine unechte, nicht nachholbare Bedingung der Wirksamkeit nicht gegeben ist, z.B. § 779 BGB. In diesen Fällen verwendet das BGB häufig auch die Ausdrücke "gilt als nicht erfolgt" u.ä., z.B. §§ 108 Abs.2 Satz 2, 177 Abs.2 Satz 2, 213 Satz 2, 214 Abs.2, 215 Abs.2, 216 Abs.2, 415 Abs.2, womit keine Nichtigkeit gemeint ist.²⁾ Das BGB verwendet die endgültig-absolute Unwirksamkeit auch gerne als Sanktion bedingungsfeindlicher Geschäfte, §§ 388, 925, 2180, 2202, und in einigen ungeklärten Fällen, §§ 1253, 1950, 2101 BGB, bei denen wohl eher Nichtigkeit wegen unzulässigem Inhalt angebracht wäre. Es ist jedenfalls das Bemühen der Verfasser des BGB spürbar, die endgültig-absolute Unwirksamkeit in Zusammenhang mit Wirksamkeits-

1) Staudinger Komm. Anm.50 vor § 104; Planck Komm. Anm.V 3 e f vor § 104.

2) Manigk "Unwirksamkeit" 11.

voraussetzungen zu bringen und von der Nichtigkeit, die eine Ungültigkeit ist, abzugrenzen. Die Ansicht, das BGB verwende Unwirksamkeit und Nichtigkeit unterschiedslos,¹⁾ ist daher nicht gerechtfertigt. Daß die Systematik nicht immer rein durchgeführt ist, ist darauf zurückzuführen, daß das BGB die Unwirksamkeit erst als neuen Begriff eingeführt hat. Im französischen Recht ist die endgültig-absolute Unwirksamkeit, *inefficacité absolue*, kein anerkannter Begriff. Die sog. *caducité* des Code civil, art. 1035 f, entspricht jedoch genau der als Ergebnis einer schwebenden Unwirksamkeit eintretenden endgültigen Unwirksamkeit. Auch der gelegentlich bei Ausfall einer aufschiebenden Bedingung verwendete Ausdruck *inutilité*²⁾ entspricht dieser Unwirksamkeit des deutschen Rechts. Es handelt sich also um einen beiden Rechtsordnungen gemeinsamen Begriff.

- b) Die Wirkung der endgültig-absoluten Unwirksamkeit ist allerdings dieselbe wie bei der Nichtigkeit.³⁾ Im französischen Recht werden die Fälle der *inefficacité absolue* so angesehen, wie wenn der *acte* überhaupt nicht vorgenommen wäre.⁴⁾ Da dies die Kennzeichnung der Wirkung der *nullité absolue* ist, gilt also im französischen Recht dasselbe wie im deutschen Recht. Im einzelnen bedeutet dies:

Die endgültig-absolute Unwirksamkeit tritt *ipso iure* ein und kann ohne weiteres geltend gemacht werden,⁵⁾ bei Streit unter

1) Manigk "Unwirksamkeit" 12.

2) z.B. Dalloz "*nullité*", 2.

3) Enneccerus-Nipperdey § 202 I 2; von Tuhr II 1 S.275; Lange aaO.S. 316; Manigk "Unwirksamkeit" 11; Planck Komm. Anm.V 3 a vor § 104; Fischer aaO; S.8/9; RGZ 93, 338.

4) Aubry-Rau IV § 302; du Garreau "*condition*" 51; Carbonnier II 145.

5) Dies ist auch im französischen Recht, im Gegensatz zur *nullité absolue*, unbestritten, vgl. Zachariae § 282 IV 2; du Garreau "*condition*" 60.

den Beteiligten muß jedoch das Gericht entscheiden. Die endgültig-absolute Unwirksamkeit kann von jedem rechtlich Interessierten geltend gemacht werden und ist von Amts wegen zu beachten.¹⁾ Ihre Geltendmachung ist an keine Frist gebunden, abgesehen von der allgemeinen Verjährung der Rückforderungsansprüche, § 195 BGB, art.2262 cciv. Die endgültig-absolute Unwirksamkeit ist unheilbar, weder durch Wegfall des Grundes noch durch Bestätigung. Eine Neuvernahme ist jedoch möglich. Die Unwirksamkeit kann sich auf einen Teil des Rechtsgeschäfts beschränken, §§ 139, 2085 BGB;²⁾ ein unwirksames Rechtsgeschäft kann u.U. in ein wirksames umgedeutet werden, § 140 BGB.³⁾ Ein endgültig-absolut unwirksames Rechtsgeschäft kann die gewollten Rechtswirkungen nicht haben; eingetretene Wirkungen, insbes. Leistungen, gelten als nicht erfolgt und müssen rückgängig gemacht werden (restitution).⁴⁾

Die Nichtigkeit und die endgültig-absolute Unwirksamkeit sind also eigentlich ein und derselbe Wirkungsmangel, so daß die Empfehlung,⁵⁾ diese Unwirksamkeit als Nichtigkeit zu bezeichnen, eine gewisse Berechtigung hat. Eine Ausschaltung der endgültig-absoluten Unwirksamkeit würde jedoch nicht nur dem System des BGB widersprechen, sondern auch der fundamentalen, nicht nur dem deutschen Recht eigenen Unterscheidung von Tatbestandselementen und Wirksamkeitsvoraussetzungen und dem natürlichen Verhältnis von Ungültigkeit und Unwirksamkeit.

-
- 1) Im französischen Recht wohl strittig, da ordre public nicht betroffen ist.
 - 2) RGZ 120, 127; Enneccerus-Nipperdey § 202.
 - 3) Enneccerus-Nipperdey § 202 V; Manigk "Unwirksamkeit" 10; Öttinger aaO.S.19; a.A. RGZ 79, 309.
 - 4) Morandière II 1301.
 - 5) Enneccerus-Nipperdey § 202 I 2, § 145 c.

4. Kapitel: Das Nichtrechtsgeschäft und die inexistence.

Das Nichtrechtsgeschäft ist ein dem BGB unbekannter Begriff, der von der Lehre entwickelt und ohne viel Widerspruch angenommen wurde, dessen theoretische und praktische Bedeutung jedoch ziemlich gering erscheint. Die inexistence ist demgegenüber einer der in der Theorie umstrittensten Begriffe des französischen Rechts,¹⁾ wenn auch ihre praktische Bedeutung weitaus geringer ist. Der Vergleich beider Begriffe ist dadurch gerechtfertigt, daß sie a priori identisch zu sein scheinen.

1. Ursprung und Wesen.

Beide Begriffe entstammen ursprünglich dem Eherecht. Das matrimonium nullum wurde schon im kanonischen Recht dem matrimonium non existens gegenübergestellt.²⁾ Im Eherecht galt seit je der Grundsatz der limitativen Aufzählung der Nichtigkeitsgründe, französisch durch die Regel "En matière de mariage pas de nullité sans texte" ausgedrückt.³⁾ Es erwies sich jedoch, daß diese Aufzählung zu eng war und zwei Fälle nicht umfaßte: Die "Ehe" zweier nicht geschlechtsverschiedener Personen und die nicht förmlich geschlossene "Ehe".⁴⁾ Da diese Fälle unmöglich gültige Ehen sein konnten, verfiel man, um den Grundsatz der limitativen Enumeration nicht aufgeben zu müssen, auf den Gedanken, hier von Nichtehe bzw. mariage inexistant zu sprechen. Im französischen

1) Planiol-Ripert VI 283; Colin-Capitant I 68 u. 165; de Page I 101; Planiol I 332, 347.

2) Manigk "Unwirksamkeit" 2.

3) Planiol-Ripert II 252; Colin-Capitant I 149; Weill "mariage" 763; vgl. § 16 EheG.

4) Enneccerus-Nipperdey § 202 II 2; Strohal aaO.S.3; Capitant 275; Laborde-Lacoste I 236.

Recht wird allgemein Zachariae für die Schaffung dieses Begriffes verantwortlich gemacht,¹⁾ wengleich auch schon Napoleon bei Schaffung des Code civil entsprechende Gedanken geäußert haben soll.²⁾ Die inexistence blieb nicht lange auf das Eherecht beschränkt, sondern dehnte sich im 19. Jahrhundert, hauptsächlich durch die Werke von Demolombe, Laurent und Aubry et Rau auf die gesamte Vertrags- und damit Rechtsgeschäftslehre aus.³⁾ Wie sich der Begriff der Nichtehe zu dem des Nichtrechtsgeschäfts verallgemeinerte, ist dagegen nicht erforscht. Die herrschende Meinung versteht heute jedenfalls unter Nichtrechtsgeschäft ein "Rechtsgeschäft", dem ein wesentliches positives Tatbestandselement, insbes. die Willenserklärung, fehlt.⁴⁾ Eine abweichende Meinung nimmt dagegen ein Nichtrechtsgeschäft an, wenn nicht einmal der Schein eines Rechtsgeschäfts gegeben ist, also der ganze äußere Tatbestand fehlt.⁵⁾ Im französischen Recht versteht man unter einem acte inexistant ou non avvenu jedes Rechtsgeschäft, dem eine condition d'existence fehlt, d.h. eines der Elemente, die nach seiner Natur oder seinem Objekt unentbehrlich sind, damit man sich die Existenz des Rechtsgeschäfts überhaupt vorstellen kann,⁶⁾ insbes. der Wille, das Objekt und, strittig, die cause und die forme solennelle.⁷⁾

1) Colin-Capitant I 68 u. 165; de Page I 101.

2) Planiol I 347.

3) Planiol I 332.

4) Enneccerus-Nipperdey § 202 I 3; Oertmann Komm. Anm. 6 vor § 104 und 1 a vor § 139; sowie aaO. S. 25; Manigk "Unwirksamkeit" 14 I, 16 und "Tatsachen" 8.

5) Lehmann § 27 II 1 a; von Tuhr II 1 S. 276.

6) Aubry-Rau I § 37 u. Anm. 3, IV § 306; Bonnecase III 4; Planiol-Ripert VI 283.

7) Carbonnier II 131; Colin-Capitant I 64.1 u. 68; Planiol I 326 u. 349; Laborde-Lacoste I 202.

2. Bedeutung.

Das Nichtrechtsgeschäft soll sich in zweifacher Hinsicht vom nichtigen Rechtsgeschäft unterscheiden, in der Ursache und in der Wirkung. Während ein Nichtrechtsgeschäft, wenigstens nach der h.M., beim Fehlen eines positiven Tatbestandsstücks, als welche oben Willenserklärung und Rechtserfolg angenommen wurden, vorliegen soll, wäre die Nichtigkeit beim Fehlen eines negativen Gültigkeitserfordernisses (Rechtswidrigkeit, Geschäftsunfähigkeit) gegeben;¹⁾ damit wird das Nichtrechtsgeschäft als ein Tatbestandsmangel angesehen. In der Wirkung soll sich das Nichtrechtsgeschäft vom nichtigen Rechtsgeschäft darin unterscheiden, daß es, anders als dieses, nicht umgedeutet oder bestätigt werden kann;²⁾ damit wird dem Nichtrechtsgeschäft auch die Eigenschaft zugeschrieben, ein besonderer Wirkungsmangel zu sein. Auch im französischen Recht soll sich die *inexistence* von der *nullité* nicht nur theoretisch dadurch unterscheiden, daß sie bei Mangel einer *condition d'existence*, jene bei Mangel einer *condition de validité* eintritt, sondern auch praktisch dadurch, daß sie *ipso iure* eintrete und nicht durch eine Klage geltend gemacht werden müsse und keinerlei Wirkungen vorläufiger Art haben könne.³⁾ Die *inexistence* wäre demnach ebenfalls ein Tatbestands- und Wirkungsmangel.

3. Kritik.

a) Die inexistence ist seit langem einer scharfen Kritik der

1) Oertmann Komm. Anm.1 a vor § 139 BGB.

2) Manigk "Unwirksamkeit" 16; Saleilles aaO. Anm. 3, 5, 10 zu § 141 BGB; bei der Ehe außerdem durch Nichtanwendbarkeit der § 23 f EheG.

3) Aubry-Rau I § 37; Planiol I 346; Bonnecase III 88 f; Houin in Travaux 1946/7 S.49; bei der Ehe außerdem durch Fehlen eines *marriage putatif* und Möglichkeit der Geltendmachung durch jedermann, Planiol-Ripert II 253.

französischen Lehre ausgesetzt und wird, trotz ihrer Verteidigung durch Bonnetcase¹⁾ und Planiol,²⁾ von der heute herrschenden Lehre abgelehnt.³⁾ Auch konnte sie in der Rechtsprechung nicht Fuß fassen; das einzige häufiger erwähnte Urteil Req. 30 déc. 1902⁴⁾ betrifft kein Rechtsgeschäft, sondern eine Prozeßhandlung. In der Reformkommission wurde ihre Aufnahme in den zu reformierenden Code civil abgelehnt.⁵⁾ Man wirft ihr vor allem vor, ein unnützer Begriff zu sein, da sie sich praktisch nicht von der nullité absolue unterscheide. Die Meinung, die auch die nullité absolue von vornherein ipso iure eintreten läßt, kann in dieser Hinsicht, wie auch das deutsche Recht, keinen Unterschied zwischen nullité absolue und inexistence feststellen. Die Meinung, die bei der nullité absolue eine action en nullité für erforderlich hält, weist zurecht darauf hin, daß auch bei inexistence ein Rechtschein bestehen könne, der nach dem Grundsatz "Nul ne peut se faire justice soi même" im Streitfall nur vor Gericht entkräftet werden könne,⁶⁾ ebenso wie auch ein acte inexistant ausgeführt werden kann. Es wird also mit Erfolg widerlegt, daß die inexistence ein eigener Wirkungsmangel sei. Weiter wird der théorie de l'inexistence vorgeworfen, daß unsicher sei, in welchen Fällen sie zutreffe.⁷⁾ So seien Rechtsgeschäfte von Geisteskranken und kleinen Kindern, bei denen wegen des völli-

1) III 48 ff.

2) I 333, 345 f.

3) Planiol-Ripert VI 285; Morandière II 748; Ponsard "nullité" 18; de Page I 96, II 780; Colin-Capitant I 68.

4) bei Colin-Capitant I 68; Planiol-Ripert VI 284.

5) Travaux 1947/8 S.69 u. 238.

6) Morandière II 748; Planiol-Ripert VI 285; de Page I 96.3, 101, II 781.

7) Morandière II 748.

gen Mangels des Willens inexistence gegeben sein müßte, un-
streitig relativ nul nach der Rechtsprechung.¹⁾ Bei der Ehe
sei der Fall des art.146 cciv, der früher ein Hauptfall der
inexistence gewesen sei, durch Änderung des art.184 cciv
seit 1933 ein Fall der nullité absolue geworden.²⁾ Mit die-
sen Argumenten wird auch die Berechtigung der inexistence
als Tatbestandsmangel in Frage gestellt. Man erkennt ihr
höchstens noch eine theoretische Bedeutung zu als Gegensatz
zur Ungültigkeit eines existenten Rechtsgeschäfts.³⁾ In der
Auswirkung ist sie jedoch mit der nullité identisch, und
zwar nicht nur mit der nullité absolue, wie ein Teil der
Lehre, bis zur Identifizierung beider Begriffe gehend, meint,⁴⁾
sondern sie kann auch als nullité relative auftreten. Ein
eigener Wirkungsmangel ist die inexistence jedenfalls nicht.
Auch auf ihrem Ursprungsgebiet, dem Eherecht, wird sie von
der neueren Lehre durch die nullité ersetzt,⁵⁾ mit der Fol-
ge, daß ein mariage putatif gegeben sein kann.⁶⁾ Der Satz
"Pas de nullité sans texte" wird nicht mehr als verbindlich
anerkannt, vielmehr soll es auch bei der Ehe außer nullités
textuelles auch nullités virtuelles geben. Nur wenn auch der
Schein einer Ehe fehlt, nämlich wenn keine Eintragung ins
Standesregister erfolgt ist, dann kann man noch von einer
Nichtehe sprechen.⁷⁾

-
- 1) Aubry-Rau IV § 343; Planiol-Ripert VI 173; de Page I 81; Colin-Capitant I 68.
 - 2) Colin-Capitant I 165.
 - 3) Dalloz "nullité" 6; de Page I 96.3; Laborde-Lacoste I 236; Crome aaO.S.242.
 - 4) Colin-Capitant I 68; Laborde-Lacoste I 236.
 - 5) Planiol-Ripert II 246 u. 254; Colin-Capitant I 149; Weill "mariage" 979, 764.
 - 6) Planiol-Ripert II 322.
 - 7) Weill "mariage" 979; Laborde-Lacoste I 809.

b) Es scheint, daß die von der französischen Lehre gegen die inexistence vorgebrachten Bedenken auch die Berechtigung des Begriffs Nichtrechtsgeschäft in Frage stellen können. Einmal ist die Nichtanwendbarkeit der §§ 139, 140, 141 BGB, die das Nichtrechtsgeschäft in der Wirkung von einem nichtigen Rechtsgeschäft unterscheiden soll, nicht zwingend begründet. Die Teilnichtigkeit, die Umdeutung und die "Bestätbarkeit" sind keine begriffsnotwendigen Nebenfolgen der Nichtigkeit, sondern treten im Interesse der Parteien ein, wenn diese diese Nebenfolgen gewollt hätten. Es kommt stets auf die Prüfung des Einzelfalles an und es dürfte nicht richtig sein, die Anwendbarkeit dieser Vorschriften durch Aufstellen von dem Gesetz unbekannten Begriffen und folgenden a-contrario Schlüssen künstlich einzuengen, zumal das BGB in § 155, dem Paradedfall eines Nichtrechtsgeschäfts, ebenfalls auf das Parteiinteresse und den Parteiwillen im Einzelfall abstellt. Daß die Hauptfolgen eines Nichtrechtsgeschäfts andere seien als die eines nichtigen Rechtsgeschäfts, wurde von den Anhängern des Nichtrechtsgeschäfts nie behauptet. Im Gegenteil, die Nichtigkeit bedeutet geradezu rechtliche Inexistence und schärfere Folgen kann auch die faktische Inexistence des Nichtrechtsgeschäfts nicht haben.

Aber auch aus dem BGB selbst läßt sich entnehmen, daß das Nichtrechtsgeschäft ein Begriff ist, der im geltenden Recht keine Berechtigung hat. Es wurde in der Lehre bereits festgestellt,¹⁾ daß das BGB unter dem Begriff der Nichtigkeit zwei verschiedene Gruppen von Tatbeständen zusammenfaßt: einmal Tatbestände, die nichts rechtlich Bedeutsames enthalten, die eigentlich keine Rechtsgeschäfte sind, weil wesentliche Tat-

1) Öttinger aaO S.10.

bestandselemente nicht vorliegen, z.B. die Fälle der §§ 105 Abs.2, 116 Satz 2, 117 Abs.1, 118, 306 BGB;¹⁾ zum anderen Tatbestände, die an sich vollständig sind, aber von der Rechtsordnung mißbilligt werden, z.B. die Fälle der §§ 125 Satz 1, 134, 138 BGB. Nur bei letzteren kann man, streng genommen, von ungültigen Rechtsgeschäften sprechen, während es sich bei ersteren eigentlich um Nichtrechtsgeschäfte handelt. Wenn nun diese im Gesetz geregelten Fälle von Nichtrechtsgeschäften zur Nichtigkeit gehören, so ist nicht einzusehen, warum die übrigen Fälle von Nichtrechtsgeschäften, insbes. der Mangel der Erklärung, des Rechtserfolgs und des Konsenses beim Vertrag anders behandelt werden sollten. In der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre gibt es keine limitative Enumeration der Nichtigkeitsgründe,²⁾ wenn auch leider eine solche der Anfechtbarkeit. Deshalb geht der Begriff des Nichtrechtsgeschäfts in dem der Nichtigkeit auf.

Das Nichtrechtsgeschäft ist also auch im deutschen Recht kein eigener Wirkungsmangel und selbst als Tatbestandsmangel nur ein Hilfsbegriff, der erklärt, warum nicht nur bei Fehlen eines Gültigkeitserfordernisses, sondern auch bei Fehlen einer Entstehungsvoraussetzung des Rechtsgeschäfts Nichtigkeit eintritt. Immer wenn der Schein eines Rechtsgeschäfts gegeben ist, kann man daher nur von dessen Nichtigkeit, nicht aber von dessen Inexistenz sprechen. Daß in den Fällen, in denen nicht einmal der Schein eines Rechtsgeschäfts vorliegt und sich infolgedessen niemand darauf beruft (Nichtrechtsgeschäft im Sinne von Lehmann und von Tuhr), keine faktische Wirkung eintritt, ist klar. Es ist aber überflüssig und ver-

1) vgl. auch Endemann "Geschäftsfähigkeit" II A 1; Manigk "Unwirksamkeit" 17.

2) Im Eherecht, wo sie noch gilt, ist der Begriff der Nichtehe daher de lege lata noch unentbehrlich, wenngleich die Wirkungen der Nichtehe auch hier die der Nichtigkeit im Sinne der allgemeinen Bestimmungen sind, allerdings nicht die der besonderen Vernichtbarkeit des Eherechts.

wirrend, für ein solches rechtliches Nichts den Begriff "Nichtrechtsgeschäft" bzw. inexistence aufzustellen. Es ist dann eben kein Rechtsgeschäft vorgenommen worden oder zustande gekommen.¹⁾

¹⁾ in diesem Sinne Planiol-Ripert VI 285.

Verzeichnis des Schrifttums und seiner Zitierweise¹⁾

- Aubry et Rau, Cours de Droit Civil, 6.Aufl. von Etienne Martin u. Paul Esmein, 12 Bände, Paris, ab 1935; zitiert: Aubry-Rau, Band und Paragraph.
- Bonnecase, Supplément au Traité théorique et pratique de Droit Civil par Baudry-Lacantinerie, 4 Bände, Paris, ab 1924, zitiert: Bonnecase Band und Nummer.
- Boulanger, Artikel Contrats et Conventions, Pacte sur succession future, Porte-fort, Ratification, Représentation; in Dalloz, Répertoire de Droit Civil, 5 Bände, Paris ab 1951, zitiert: Boulanger, Artikel und Nummer.
- Breton, Artikel Confirmation, Consentement und Contre-lettre; in Dalloz, Répertoire, zitiert: Breton, Artikel und Nummer.
- Brox, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, Münster, 1960.
- Capitant, Introduction à l'étude du Droit Civil, 4. Aufl., Paris 1921, zitiert: Capitant und Nummer.
- Carbonnier, Droit Civil, 3 Bände, Paris, ab 1957, zitiert: Carbonnier Band und Nummer.
- Colin et Capitant, Cours élémentaire de Droit Civil français, 8.Aufl., 3 Bände, Paris, ab 1934, zitiert: Colin-Capitant, Band und Nummer.
- Colin et Capitant, Traité de Droit Civil, refondu par Léon Julliot de la Morandière, 3 Bände, Paris, ab 1957, zitiert: Morandière, Band und Nummer.
- Crome, Der Allgemeine Teil der modernen französischen Privatrechtswissenschaft, Mannheim, 1892.

¹⁾ soweit nichts anderes angegeben, wird zitiert mit Namen des Verfassers, a.a.O. und Seite.

- Dalloz, Nouveau Repertoire de Droit, 5 Bände, Paris, ab 1947, zitiert: Dalloz, Artikel und Nummer.
- de Page, Traité élémentaire du Droit Civil belge, 2. Aufl., 7 Bände mit 3 Nachtragsbänden, Brüssel, ab 1948, zitiert: de Page, Band und Nummer.
- Desbois, Artikel Conseil judiciaire; in Dalloz, Repertoire, zitiert: Desbois, Artikel und Nummer.
- du Garreau de la Méchenie, Artikel Condition; in Dalloz, Repertoire, zitiert: du Garreau, Artikel und Nummer.
- Ebbecke, Die Ungültigkeit in ihren verschiedenen Gestaltungen, in Gruchots Beiträge, Band 63, Seite 177 ff.
- Endemann, Artikel Irrtum und Geschäftsfähigkeit; im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Stier-Somlo, 7 Bände, Berlin u. Leipzig, ab 1926, zitiert: Endemann, Artikel und Nummer.
- Enneccerus-Lehmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., Tübingen 1958, zitiert: Enneccerus-Lehmann, Paragraph.
- Enneccerus-Nipperdey, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., Tübingen 1960, zitiert: Enneccerus-Nipperdey, Paragraph.
- Fischer, Die Konversion unwirksamer Rechtsgeschäfte, Leipzig 1913.
- Giverdon, Artikel Ratification; in Dalloz Repertoire, zitiert: Giverdon, Artikel und Nummer.
- Gorphe, Artikel Bonnes Moeurs; in Dalloz Repertoire, zitiert: Gorphe, Artikel und Nummer.
- Haupt, Die Entwicklung der Lehre vom Irrtum beim Rechtsgeschäft seit der Rezeption, Weimar 1941.
- Hébraud, Artikel Acte; in Dalloz Repertoire, zitiert: Hébraud, Artikel und Nummer.
- Heinsheimer-Wolf, Frankreich, Code Civil, Band I der Zivilgesetze der Gegenwart, Mannheim, Berlin und Leipzig, 1932, zitiert: Heinsheimer-Wolf, Paragraph und Anmerkung.

- Jacobi, Die fehlerhaften Rechtsgeschäfte, in Archiv für civilistische Praxis, Band 86, Seite 51 ff, zitiert: Jacobi AcP 86 Seite.
- Jacobi, Die Theorie der Willenserklärungen, München 1910.
- Isay, Die Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäfts nach dem BGB, Jena, 1899.
- Knoke, Zur Lehre vom relativen Veräußerungsverbot, in Festgabe für Güterbock, 1910, Seite 407 ff.
- Laborde-Lacoste, Exposé méthodique de Droit Civil, 5.Aufl., 3 Bände, Paris 1949, zitiert: Laborde-Lacoste, Band und Nummer.
- Lange, BGB Allgemeiner Teil, Kurzlehrbuch, 4.Aufl., München 1958.
- Lebrun, Artikel Minorité-Majorité; in Dalloz Repertoire, zitiert: Lebrun, Artikel und Nummer.
- Lehmann, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 11.Aufl., Berlin 1958, zitiert: Lehmann, Paragraph.
- Lehmann, Artikel Nichtigkeit; im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, zitiert: Lehmann, Artikel und Nummer.
- Lenel, Die Lehre von der Voraussetzung, in Archiv für civilistische Praxis, Band 74, Seite 213 f und Band 79 Seite 49 f; und
- Lenel, Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften, Archiv für civilistische Praxis, Band 123, S.161, zitiert: Lenel AcP Band und Seite.
- Loussouarn, Artikel Legs; in Dalloz Repertoire, zitiert: Loussouarn, Artikel und Nummer.
- Malaurie, Artikel Ordre Public; in Dalloz Repertoire, zitiert: Malaurie, Artikel und Nummer.
- Manigk, Artikel Rechtshandlungen, Tatsachen juristische und Unwirksamkeit; im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, zitiert: Manigk, Artikel und Nummer.

- Maury, Artikel Cause in Dalloz Repertoire, zitiert: Maury, Artikel und Nummer.
- Morandière, siehe Colin-Capitant.
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 5 Bände, Berlin 1888, zitiert: Motive, Band und Seite.
- Oertmann, Kommentar zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Auflage, Berlin 1927, zitiert: Oertmann Komm., Paragraph und Anmerkung.
- Oertmann, Die Rechtsbedingung, Leipzig 1924.
- Öttinger, Mangelhafte Rechtsgeschäfte, Band 48 der Sammlung Rechtsfragen der Praxis, Halle-Leipzig-Berlin 1931.
- Palandt, Kurzkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, bearbeitet von Danckelmann, 17. Auflage, München 1958, zitiert: Palandt Komm. Paragraph und Anmerkung.
- Planck, Kommentar zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Auflage, bearbeitet von Strohal, Berlin, 1913, zitiert: Planck Komm., Paragraph und Anmerkung.
- Planiol, Traité élémentaire de Droit Civil, Band 1, 11. Auflage bearbeitet von Georges Ripert, Paris 1928; Band 2, 9. Auflage, Paris 1923, zitiert: Planiol, Band und Nummer.
- Planiol et Ripert, Traité pratique de Droit Civil français, 13 Bände, 2. Aufl. von Paul Esmein, André Rouast, Jean Radouant u.a., Paris, ab 1952, zitiert: Planiol-Ripert, Band und Nummer.
- Ponsard, Artikel Nullité und Payement; in Dalloz Repertoire, zitiert Ponsard, Artikel und Nummer.
- Protokolle zum Entwurf II des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 7 Bände, Berlin ab 1897, zitiert: Protokolle, Band und Seite.
- Reichsgerichtsräte, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Auflage Berlin 1959, zitiert RGR Komm. Paragraph und Anmerkung.

- Ripert, Artikel Lésion; in Dalloz Repertoire, zitiert: Ripert Artikel u. Nummer.
- Rodière, Artikel Aliénés; in Dalloz Repertoire, zitiert: Rodière, Artikel und Nummer.
- Saleilles, De la Déclaration de volonté, Paris 1929.
- Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil bearbeitet von Coing, 11. Aufl., Berlin 1957, zitiert: Staudinger Komm., Paragraph und Anmerkung.
- Strohal, Über relative Unwirksamkeit, Wien 1911.
- Titze, Artikel Rechtsgeschäft; im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, zitiert: Titze, Artikel und Nummer.
- Travaux de la Commission de Reforme du Code Civil, 9 Bände, Paris 1945/46 bis 1954/55, zitiert: Travaux, Jahreszahl und Seite.
- von Tuhr, Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2 Bände (Band 2 in zwei Teilen), München und Leipzig 1914; zitiert: von Tuhr, Band, Halbband und Seite.
- Weill, Artikel Mariage in Dalloz Repertoire, zitiert: Weill, Artikel und Nummer.
- Westermann, Lehrbuch des Sachenrechts, 3. Auflage, Karlsruhe, 1956, zitiert: Westermann, Paragraph.
- Windscheid, Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte, Düsseldorf 1847.
- Windscheid, Die Voraussetzung in Archiv für civilistische Praxis, Band 78 Seite 161 ff, zitiert: Windscheid AcP 78, Seite.
- Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Auflage, Frankfurt 1906.
- Zachariae, Handbuch des französischen Civilrechts, 8. Auflage bearbeitet von Carl Crome, Freiburg 1894, zitiert: Zachariae, Paragraph.
- Zajtay, Code civil und Bürgerliches Gesetzbuch; in Archiv für civilistische Praxis Band 157 Seite 479 f, zitiert: Zajtay AcP 157 Seite.

Verzeichnis der verwendeten Abkürzungen

a.A.	anderer Ansicht (contra)
a.a.O., aaO	am angegebenen Ort (loc.cit.)
Abs.	Absatz (alinéa)
AktG	Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien vom 30.1.1937
AnfG	Gesetz betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens vom 21.7.1879
Anm.	Anmerkung
arg.e	argumentum a contrario aus
art.	article, Artikel
Bem.	Bemerkung (note)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18.8.1896
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
bzw.	beziehungsweise (ou)
cciv	Code civil vom 30.ventôse XII
ccom	Code de commerce vom 10.Sept.1807
Ch.réun.	Urteil der Chambres réunies der Cour de cassation
Civ.	Urteil der Chambre civile der Cour de cassation
cprocciv	Code de Procedure civile vom 14.Apr.1806
d.h.	das heißt (c'est à dire)
D.H.	Dalloz, Recueil hebdomadaire de jurisprudence
D.P.	Dalloz, Recueil périodique et critique mensuel
EheG	Ehegesetz (Gesetz Nr.16 des Kontrollrats) vom 20.2.1946
ErbhVO	Verordnung über das Erbbaurecht vom 15.1.1919
etc.	et cetera

evtl.	eventuell
f, ff	und folgende (seq.)
GB0	Grundbuchordnung vom 24.3.1894
gem.	gemäß (conforme à)
ges.	gesetzlich (légal)
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 1.5.1889
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20.4.1892
HGB	Handelsgesetzbuch vom 10.5.1897
h.L.	herrschende Lehre (doctrine dominante)
h.M.	herrschende Meinung (opinion dominante)
i.e.S.	im engeren Sinn (sensu stricto)
insbes.	insbesonders
i.S.	im Sinn
i.w.S.	im weiteren Sinn (sensu lato)
jan.	janvier (Januar)
jur.	juridique (Rechts-)
KO	Konkursordnung vom 10.2.1877
Komm.	Kommentar
m.E.	meines Erachtens (à mon opinion)
N.	Note (Anmerkung)
n.	numéro (Nummer)
Nr.	Nummer (numéro)
rel.	relatif (betreffend)
Req.	Urteil der Chambre des Requêtes der Cour de cassation
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
S.	Satz
S.	Seite (page)
S.	Recueil Sirey des Lois et des Arrêts
sog.	so genannt
str.	streitig (discuté)
st.Rsp.	ständige Rechtsprechung (jurisprudence constante)

u.	und (et)
u.a.	und andere (et alia)
u.ä.	und ähnliche
u.a.m.	und andere mehr
unstr.	unstreitig
usw.	und so weiter (etc)
u.U.	unter Umständen
v.	vom
vgl.	vergleiche (cpr.)
WEG	Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht vom 15.3.1951
z.B.	zum Beispiel (p.ex.)
ZPO	Zivilprozeßordnung vom 30.1.1877
z.T.	zum Teil

L e b e n s l a u f

Ich bin am 26.Juni 1933 in München geboren. Meine Eltern sind der Buchsachverständige und Helfer in Steuersachen, Karl Schätz und dessen Ehefrau Emmy, geb.Streitberger.

Nach dem Besuch von sechs Klassen Volksschule trat ich anfangs 1946 in das Wilhelmsgymnasium in München ein, an dem ich Mitte 1952 mein Abitur machte. Vom Wintersemester 1952/53 an studierte ich an der Universität München Betriebswirtschaftslehre und Rechtswissenschaft und bestand im Sommersemester 1955 die Diplomprüfung für Kaufleute. Anschließend studierte ich ein Jahr als Fulbright-Stipendiat in den Vereinigten Staaten und erwarb den Grad eines Master of Business Administration der University of California in Berkeley. Vom Wintersemester 1956/57 an studierte ich wieder an der Universität München Rechtswissenschaften. Im Seminar für Rechtsvergleichung und internationales Privatrecht von Professor Dr.Murad Ferid, dem ich für seine großzügige Förderung zu Dank verpflichtet bin, lernte ich den besonderen Reiz der Arbeit in verschiedenen Rechtsordnungen kennen und kam so auch zu meiner Doktorarbeit.

Ich bestand die erste juristische Staatsprüfung 1958 II mit der Note gut (2,93). Seit 16.2.1959 stehe ich im Vorbereitungsdienst für Rechtsreferendare im Bereich des Oberlandesgerichts München und der Regierung von Oberbayern. Zur Zeit der mündlichen Doktorprüfung war ich bei der Stadtverwaltung München beschäftigt.

